
3 1761 04793775 0


VELUT
ÆVO
ARBOR

Der Entwurf

eines

bürgerlichen Gesetzbuches

für

das Königreich Sachsen.

Ein Beitrag zur Beurtheilung desselben

von

Dr. Carl Georg v. Wächter.

Verlag von Bernhard Tauchnitz.

Leipzig, 1853.

Vorrede.

Die nachstehenden Blätter sind ein besonderer Abdruck einer Abhandlung, welche ich in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung (Neue Folge. Herausgeg. von Dr. Theod. Tauchnitz Bd. XII Heft 1—3) bekannt machte. Das erste Heft der Zeitschrift wurde schon im April d. J. ausgegeben; das zweite in der Mitte des Mai. In dem besonderen Abdrucke habe ich nur da und dort einige Worte geändert, soweit es sich bei der Correctur des Druckes thun ließ, Aenderungen aber, welche meines Erinnerns etwas Wesentliches nicht betreffen.

Was ich in einer Vorrede zu sagen gehabt haben würde, ist im Ganzen in der Einleitung gesagt. Inzwischen ist aber Manches über den Entwurf erschienen, und ich glaube, die Gelegenheit zu einem Nachtrage darüber, die mir diese Vorrede bietet, um so mehr ergreifen zu sollen, als der Gegenstand, von dem es sich handelt, nicht blos für Sachsen, sondern auch über Sachsen hinaus von Bedeutung ist.

Zunächst wurde der Entwurf in Sächsischen und anderen Deutschen Zeitungen vielfach zum Gegenstande der Besprechung gemacht. Was mir davon bekannt wurde, geht nach zwei verschiedenen Richtungen. Ein Theil beschränkt sich in der Hauptsache darauf, von Dem, was ich im ersten Hefte sagte, Einzelnes zu referiren, zum Theile mit ausdrücklicher Billigung Dessen, was ich sage. Die meisten Artikel aber, welche in den Zeitungen erschienen sind, vertreten entschieden den Entwurf, sprechen zum Theile auf das Dringendste für seine sofortige Erhebung zum Gesetzbuche, ohne daß weiter etwa Stimmen der Deutschen Wissenschaft über denselben abgewartet werden sollten; einige stellen das Erscheinen einer gegen das erste Heft meines Beitrages

gerichteten „Widerlegungsschrift" oder einer „Beleuchtung darin enthaltener unrichtiger Auffassungen" in nahe Aussicht.

In einem der bedeutenderen dieser Artikel wird von der in den folgenden ersten sechs Bogen (dem ersten Hefte der Zeitschrift) enthaltenen Kritik gesagt, sie sey „der berühmten Leichenrede „Marc Antons mit dem an der Spitze stehenden: „„Brutus ist „„ein ehrenwerther Mann"". nicht unähnlich, da sie dem allge„meinen Lob viele specielle Ausstellungen nachsendet."

Dieser Parallele fehlt es gerade an der Hauptsache, an dem wesentlichen Momente, ohne welches die Vergleichung nicht entfernt paßt.

Der Zweck jener berühmten Leichenrede war, zu zeigen, daß all' ihr Lob nicht wahr sey. Ich suchte nachzuweisen, daß mein Tadel begründet sey.

Was ich am Entwurfe lobenswerth fand und nach redlicher Ueberzeugung lobte, steht nicht im Widerspruche mit den Ausstellungen, die ich gegen ihn machen zu müssen glaubte; die Beziehungen des Ersteren sind gar nicht die Beziehungen der Letzteren. Rühmte ich etwa am Entwurfe innere Harmonie, Consequenz, befriedigende Construction der Begriffe, Vollständigkeit, richtige Auffassung des Verhältnisses eines Gesetzbuchs zum bestehenden Rechte und gehörige Würdigung der Bedeutung des Bestehenden u. s. w.? habe ich in irgend einer der besonderen Beziehungen, in welchen ich Bedenken gegen den Entwurf äußerte, ein Lob ausgesprochen, das durch die Ausstellung direct oder indirect untergraben wurde?

Nur bei einem Prädicate, das ich dem Entwurfe gab, möchte es sich fragen, ob es durch Das, was ich im Einzelnen ausführte, durchaus sich bestätigte, und um in dieser Beziehung jedem Mißverständnisse über das Verhältniß meines allgemeinen Urtheils S. 9 f. zu den besonderen Ausstellungen S. 13 f. vorzubeugen, sehe ich mich genöthigt, über dieses Verhältniß hier noch Einiges zu sagen.

Ich bekenne, den Entwurf mit einem gewissen Vorurtheile in die Hand genommen zu haben, aber nicht mit einem Vorur-

theile gegen, sondern für ihn. Es waren theils sachliche Gründe, die Sache Deutscher Codification überhaupt, theils persönliche, die mich für den Entwurf gestimmt hatten. In diesem Sinne las ich ihn in meinen Nebenstunden mit dem Bleistifte in der Hand durch. Schon bei diesem Durchlesen fiel mir aber Manches auf, und einzelne Artikel erregten mir viele Bedenken. Da ich davon ausging, daß der Entwurf bekannt gemacht worden sey, um auch andere unbefangene Stimmen über ihn zu hören: so entschloß ich mich, meine Ansicht über denselben in einer ausführlichen Beurtheilung der einzelnen Kapitel bekannt zu machen. Ich glaubte, es werde mir reichlich Zeit zu einer solchen Arbeit bleiben. Allein bald hörte ich, daß demnächst schon die zur Beurtheilung des Entwurfes gewählten ständischen Deputationen sich versammeln würden. Sollte also noch eine Stimme gehört werden können, so war Eile nöthig (vgl. unten S. 5). Dies bestimmte mich, die Beurtheilung des Einzelnen bei Seite zu lassen und mich auf eine allgemeinere, mit vielen einzelnen Beispielen belegte Kritik zu beschränken. Wenn aber diese nicht zu spät erscheinen sollte, so mußte beinahe gleich mit der Arbeit selbst auch ihr Druck beginnen. Ich gruppirte mir also bei einer wiederholten Prüfung des Entwurfes die Bedenken, die sich mir darboten, und bildete nach dem Eindrucke dieser Prüfung mein allgemeines Urtheil über den Entwurf. Das Resultat stellte ich in der Aufzählung der Bedenken überhaupt S. 10 Nr. 1 f. und in dem Urtheile S. 9 und 10 zusammen. Je bedeutender die Bedenken waren, um so mehr hielt ich es von der anderen Seite für Pflicht, in diesem Urtheile Alles herauszuheben, was irgend zu Gunsten des Entwurfs sich sagen lassen möchte.

Die Aufgabe der hieran anzuknüpfenden Arbeit konnte nicht seyn, das Letztere näher zu begründen, sondern war die, einen überzeugenden Beweis dafür zu liefern, daß die S. 10—12 herausgehobenen Bedenken begründet seyen. Dadurch bekam allerdings das Meiste von Dem, was S. 13 f. ausgeführt ist, eine Richtung gegen den Entwurf. Auch gestehe ich, daß bei dem ersten Durch-

lesen und bei der zweiten allgemeineren Prüfung des Entwurfes die Bedenken sich nicht in solcher Häufung und nicht durchaus in solcher Bedeutung mir aufdrängten, wie dies bei einer wiederholten genauen Erwägung und Vergleichung der einzelnen Paragraphen, welche der Verlauf der Arbeit erforderte, der Fall war. Trug sich somit im Verlaufe der Untersuchung die Farbe etwas stärker auf, so war dies lediglich Sache des Gegenstandes. Ich würde daher jetzt, wenn ich den ersten Bogen noch einmal zu schreiben hätte, bei den S. 10 f. zusammengestellten Bedenken den Grad derselben zum Theile erhöhen, etwa einmal ein „mitunter" in ein „nicht selten" ändern, und Das, was ich S. 10 von der Grundlage einer künftigen Gesetzgebung sagte, in vielen Hinsichten auf eine „Vorarbeit" beschränken müssen. —

Zu den Abhandlungen über den Entwurf, die ich unten S. 4 Not. 3 anführte, sind meines Wissens bis jetzt noch folgende hinzugekommen:

Die Abhandlung von Mittermaier im Archive für civilistische Praxis Bd. XXXVI, die ich schon unten S. 173 f. berücksichtigen konnte.

Roux (O.-Appell.-R.) Ein Beitrag zu der Lehre von der Collision der Gesetze rc. in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. XI Hft. 5.

In dieser Abhandlung werden einige wichtige Fragen des s. g. internationalen Privatrechts erörtert, und zwar mit besonderer Rücksicht auf die betreffenden Artikel des Entwurfes (a. a. O. S. 430—446 und die Noten S. 409, 423 und 427). Eine solche eingehende specielle Prüfung der betreffenden Paragraphen des Entwurfes, durch welche sich besonders Lücken und Zweifel, die der Entwurf bietet, herausstellen würden, wäre auch für seine übrigen Theile sehr zu wünschen.

Friedr. Hänel (O.-Appell.-R.) Einige Bemerkungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen mit besonderer Rücksicht auf sein Verhältniß zum Römischen Rechte; in der angef. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. XI Hft. 6 S. 481—509.

Dieses Heft der Zeitschrift wurde erst nach dem ersten und zweiten Hefte des XII Bandes und zwar erst vor ganz Kurzem ausgegeben, weil die Anfertigung des Registers seine Ausgabe verzögerte. Die angeführte Abhandlung spricht sich zunächst für Codification aus, dabei aber für die Beibehaltung der Subsidiarität des Römischen Rechts (und für diese Beibehaltung bringt sie wirklich Alles bei, was sich irgend dafür sagen läßt), erklärt sich sehr mit Recht gegen die Subsidiarität des Naturrechts, welche der Entwurf festsetzt (s. unten S. 268 f.), und geht dann auf Form und Inhalt des Entwurfes näher ein. Daß ich der Abhandlung in einigen Urtheilen über allgemeinere Beziehungen des Entwurfes nicht beistimmen kann, ergibt sich aus dem in den folgenden Blättern Ausgeführten, z. B. wenn es S. 489 als ein Vorzug des Entwurfes gerühmt wird, daß er meistens sich an die Grundsätze des bestehenden Rechts anschließe (für einen Vorzug würde ich es auch halten; allein nach meiner Ansicht schließt er nur gar zu häufig sich an das Bestehende nicht an). Dagegen führt die Abhandlung noch eine große Zahl von Bedenken gegen den Inhalt einzelner Paragraphen aus, Bedenken, denen beinahe durchweg völlig beizustimmen seyn wird.

Gerade solchen Praktikern Sachsens, welche mit einer reichen Erfahrung gründliche theoretische Kenntnisse verbinden, wäre eine Muße zu wünschen, welche es ihnen möglich machte, ihre Ansichten über den ganzen Entwurf nach allen seinen Beziehungen auszusprechen.

Dr. Joseph Unger Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen mit besonderer Rücksicht auf das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, besprochen von u. s. w. Allgemeiner Theil. Dingliches Sachenrecht. Wien 1853 (XIV und 288 Seiten) 8.

Dieses Buch erschien sehr bald nach Bekanntmachung des Entwurfes, soviel ich weiß schon im März dieses Jahres, und kam mir schon vor mehreren Wochen zu; allein ich konnte bei meiner Arbeit nicht mehr Bezug auf dasselbe nehmen. Da aber sein Urtheil über den Entwurf wesentlich von meiner Ansicht ab-

weicht: so wird es mir gestattet seyn, hier noch etwas näher auf dasselbe einzugehen.

Der Zweck des Buches ist, eine kritische Erläuterung des Entwurfes und eine „vergleichende Besprechung" desselben und des Oesterreichischen Gesetzbuchs zu geben. Der Verfasser „glaubte „die Gelegenheit nicht vorüber gehen lassen zu sollen, für die „wissenschaftliche Behandlung eines bürgerlichen Gesetzbuchs eine „Methode in Anwendung zu bringen, welcher die neuere civi„listische Theorie ihre glänzendsten Erfolge verdankt und welche „in Oesterreich bis auf den heutigen Tag zum beträchtlichen „Schaden der Wissenschaft fast gänzlich vernachlässigt wurde;" er glaubte bei der vielfachen Uebereinstimmung des Entwurfes mit dem Oesterr. Gesetzbuche „durch eine wenn auch noch so „skizzenhafte Schilderung des Zusammenhanges der Bestimmungen „des Entwurfes mit dem Römischen und insbesondere mit dem „Deutschen Rechte und der gemeinrechtlichen Praxis auch für die „wissenschaftliche Auffassung des Oesterreichischen G.-B. man„ches vielleicht nicht ganz Unersprießliche leisten zu können. Da „wo beide von einander abweichen, sollte es versucht werden, aus „der historischen Entwicklung des Rechts in beiden Ländern die „Verschiedenheit zu erklären und insbesondere bei der Besprechung „vieler im österr. Rechte streitigen Fragen auf das altöster„reichische Recht zurückzugehen."

Das Buch enthält manches Interessante über das Oesterreichische Gesetzbuch und seine historischen Beziehungen und zeugt von tüchtiger Bekanntschaft mit den neueren Deutschen Forschungen auf dem Gebiete des Civilrechts; ob aber von einem wahren Durchbringen derselben — dies möchte in manchen Hinsichten schon bei der Stellung und bei dem übergroßen Werthe, den der Verfasser dem Oesterreichischen Gesetzbuche zuschreibt, zweifelhaft seyn. Bei seiner Kritik macht der Verfasser sehr viele einzelne Ausstellungen an dem Entwurfe; man vergleiche nur z. B. S. 31, 32, 47, 48, 50, 57, 59, 70 f., 71, 72, 79, 86, 92, 97, 98, 110, 115, 117, 119, 127, 158, 159, 160, 173, 185, 190, 200, 234, 235, 254,

261, 263, 276, 280. Bisweilen stimmt er in seinen Ausstellungen mit Dem überein, was ich gegen den Entwurf sage; Vieles berührt er tadelnd, was ich nicht berührte; das Meiste aber von Dem, was mir Bedenken machte, stellt der Verfasser nicht aus, theils indem er Einzelnes billigt, meist aber indem er nicht näher auf die kritische Seite eingeht, sondern nur über den Gegenstand referirt oder durchaus befriedigt ist, wenn der Entwurf mit dem Oesterreichischen Gesetzbuche übereinstimmt.

Ich will nur einige Abweichungen unsrer Ansichten anführen, um die Verschiedenheit unsrer Standpunkte zu zeigen. S. 74 sagt er von dem Entwurfe bei der Abtheilung von dem Besitze: Die Auffassung des Besitzes als eines *blosen Factums*, mit welchem vermöge des Gesetzes gewisse Rechte verbunden seyen, „wird „in so ungetrübter Klarheit nach allen Richtungen hin festgehalten, „die Eintheilung des Besitzes auf die nothwendigsten Glieder beschränkt und die possessorischen Mittel so einfach und dennoch für „alle Verhältnisse ausreichend normirt, daß wir diese Parthie als „eine der gelungensten im Entwurf bezeichnen müssen." Man vergleiche mit diesem Urtheile des Verfassers Das, was ich unten S. 20—35 S. 47 f. 62 ausgeführt habe und entscheide!* Uebrigens wird der Verfasser auch von seinem Standpunkte aus sein Lob modificiren, wenn er aus den nachgetragenen Berichtigungen erfährt, daß (und zwar sehr mit Recht) inzwischen Etwas zurückgenommen wurde, was er für eine juristische Nothwendigkeit hält (vgl. unten S. 24 Note).

Auch über die Verwerfung eines natürlichen Eigenthums neben dem bürgerlichen urtheilt der Verfasser ganz anders, als

*) Anders urtheilt der Verfasser bei der *Verjährung*. Er sagt S. 97, daß „die Bestimmungen des *sächsischen* Entwurfs in der Lehre von der Verjährung im Allgemeinen *noch dürftiger* sind, als die des *österreichischen* „Gesetzbuches und daß bei dem in vielen Stücken zwar erreichten Streben nach „Einfachheit und Gleichförmigkeit manchen Verhältnissen *nicht* die entsprechende Rechnung getragen würde." Dabei schreibt er noch dazu S. 114 dem Entwurfe eine größere Vollständigkeit zu, als ihm wirklich zukommt, nämlich in Beziehung auf die usucapio pro herede. Vgl. unten S. 208.

ich; nur scheint er dabei die wesentlichen Momente, welche bei dieser Frage ins Auge zu fassen sind, nicht gehörig zu beachten. Auch hier glaube ich den Leser, welchen die Sache interessirt, auf eine Vergleichung Dessen, was der Verfasser S. 106 f. sagt, mit Dem, was ich unten S. 17 f. 67 f. ausführte, verweisen zu dürfen. Das Lob aber, welches der Verfasser bei dieser Gelegenheit ausspricht, ist nicht recht zu begreifen. Er sagt S. 109: „Die sächsische Commission hat in richtiger Einsicht die Wernher'sche „Wiederbelebung des mit der Justinianischen Compilation zu „Grabe gegangenen dominium duplex wieder aufgegeben, „welche ebenso abgeschmackt als unpassend war." Dann führt er aber gleich auf der folgenden Seite eine Stelle der Motive an (sie ist unten S. 19 abgedruckt) und sagt von ihr, daß sie „um desto auffallender und überraschender scheine," und fügt bei „auf diese Art ist denn jene Unterscheidung blos dem Namen, aber nicht der Sache nach aufgegeben." Wie stimmt nun damit das vorangeschickte Lob?

Ich will nur noch ein drittes Beispiel anführen, theils für die Verschiedenheit unsrer Ansichten, theils für die Weise überhaupt, wie der Verfasser den Entwurf beurtheilt. Der Entwurf erhebt das s. g. Naturrecht zur subsidiären Entscheidungsquelle, und nach §. 9 soll sogar in gewissen Fällen dieses Naturrecht dem positiven sächsischen Rechte vorgehen (vergl. unten S. 268 f.). Hierüber äußert sich der Verfasser S. 46 zunächst dahin: die Entscheidung, daß das Naturrecht subsidiäre Quelle seyn soll, „braucht um so weniger Bedenken zu erregen, als einerseits solche Fälle, in denen selbst die Rechtsanalogie den Dienst „versagen würde, wohl nur selten vorkommen werden, und andererseits unter den natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht etwa „ein vollständiges Vernunftrechtssystem, sondern eben nur die „ganz allgemeinen, natürlichen, in jedem Menschen sich wiederfindenden, einfachen Grundsätze über Recht und Unrecht zu verstehen sind, mit deren Zugrundlegung man aus der Prämisse des „gegebenen Rechtsfalles die erforderlichen Schlüsse zu ziehen hat."

Was will wohl der Verfasser damit sagen? Was soll ein „vollständiges Vernunftrechtssystem" im Gegensatze zu den „ganz allgemeinen, natürlichen, in jedem Menschen sich wiederfindenden einfachen Grundsätzen über Recht und Unrecht" heißen? Und sprechen sich denn diese „ganz allgemeinen, natürlichen Grundsätze" in jedem Menschen in gleicher Weise aus?

Der Verfasser fährt aber dann fort: „Wenn aber der sächsische Entwurf im §. 9 den Grundsatz ausspricht, daß wenn das ausländische Recht weder notorisch ist noch nachgewiesen wird, im Auslande unternommene Rechtshandlungen von Ausländern nach inländischem Rechte und inwieweit dieses auf eigenthümlichen Einrichtungen beruht, nach natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden sind: so scheint es freilich ein objectives, allgemein gültiges, gegen die individuelle Ansicht des Einzelnen sicher stehendes Naturrechtssystem vorauszusetzen, welches der Richter jeden Augenblick an das einheimische Recht als Maßstab der Beurtheilung vergleichend und prüfend anzulegen vermöge. Und wenn ferner der Motivenbericht dem Röm. Recht gegenüber, „„welches doch nicht bei allen Völkern gegolten habe"", auf die universelle Herrschaft eines solchen Vernunftrechtssystems hinweist, so muß es wohl erlaubt sein, mit Savigny zu fragen, wo denn eigentlich dieser Universal-Vernunftrechtscodex zu finden sei, den man nur ohne Weiters zu promulgiren brauche, um damit allen weiteren Schwierigkeiten aus dem Wege gegangen zu sein."

An ein objectives, allgemein gültiges Naturrechtssystem soll der Entwurf gedacht haben? Kann man überhaupt an ein solches denken? und was soll nun im Resultate das Urtheil über den Entwurf in dieser Beziehung seyn?

In seinem allgemeinen Urtheil über den Entwurf geht der Verfasser von der Ueberzeugung aus, daß in dem Oesterreichischen Gesetzbuche „ein überaus reicher Schatz legislatorischer Weisheit „niedergelegt sey, in demselben ein so lebenskräftiger sittlicher Geist „herrsche und die einzelnen Bestimmungen desselben eine solche Milde „und Billigkeit durchdringen, daß es trotz aller weiteren Fort-

„schritte der civilistischen Theorie auf die Dauer allen „künftigen Legislationsversuchen zu Grunde liegen werde."

Ich verkenne gewiß nicht die großen Vorzüge des Oesterreichischen Gesetzbuches im Verhältnisse zu den Zeiten und Umständen, in welchen und unter welchen es entstand. Aber — das Urtheil Savigny's über das Gesetzbuch ist doch in seinen wesentlichen Momenten noch nicht widerlegt, wird sich auch nicht widerlegen lassen.*

In der That müßte es auch, wenn man Zeit und Umstände der Entstehung des Oesterreichischen Gesetzbuches und den Standpunkt erwägt, auf welchem man damals in Oesterreich stand, auch nur wie ihn der Verfasser selbst S. VIII f. oder wie ihn Schuster (vergl. unten S. 9) näher bezeichnet, es müßte ein wahres **Wunder** gewesen seyn, wenn unter jenen Umständen und bei diesem Standpunkte ein Werk hätte entstanden seyn sollen, das „trotz aller weitern Fortschritte der civilistischen Theorie" und ungeachtet das Gesetzbuch „zu einer Zeit gegeben ward, wo „Savigny's für die ganze Rechtswissenschaft Epoche machendes „Wirken erst im Beginnen war" (Unger a. a. O. S. 3), doch beinahe gar nichts vermissen lassen soll, als einige Mängel, welchen, wie der Verfasser a. a. O. glaubt, „durch eine Umstellung „der Theile und durch eine Umarbeitung einiger weniger „Partieen leicht und vollständig abzuhelfen seyn wird."

Bei dieser Auffassung — nach welcher die Fortschritte der Deutschen Rechtswissenschaft, die sie gerade in einer ihrer bedeutsamsten und erfolgreichsten Perioden, in den letzten vierzig Jahren, machte, in ihrem Verhältnisse zum Oesterreichischen Gesetzbuche nicht eben viel heißen würden — bei einer solchen Auffassung

---

*) Sogar **Mittermaier** setzt in seiner Erörterung über den Entwurf zu der Stelle, welche ich unten S. 173 Not. 93 abdrucken ließ, folgende Note und zwar ohne allen beschränkenden Belsatz: „**Bluntschli** in seinem Aufsatze sagt: „das österreichische Civilgesetzbuch hat sehr wenig wissenschaftliche Ausbildung, „seine Begriffserklärungen sind häufig ungeschickt und darum in der That „schädlich, weil sie leicht durch blos logischen Gebrauch zu innerlich falschen „und verkehrten Folgerungen führen."

mußte natürlich der Verfasser unsren Entwurf, soweit er sich dem Oesterreichischen Gesetzbuche anschloß, beinahe durchaus rühmen.

Dazu gesellt sich ihm noch ein anderes Moment, nämlich „daß der Wunsch nach Einheit Deutschlands in der bürgerlichen „Gesetzgebung mit der Annahme jenes Entwurfs durch den Land- „tag seiner Erfüllung um ein Bedeutendesnäher rücken wird." Dieses Moment würde allerdings von der größten Wichtigkeit seyn, wenn es begründet wäre. Allein würden wir denn jener Einheit um ein Bedeutendes uns nähern, wenn der Entwurf zum Gesetz erhoben würde? Wir würden bei den großen Verschiedenheiten des Entwurfes vom Oesterreichischen Gesetzbuche, die er in Form und Inhalt immer noch hat, eine solche Einheit, wie sie allein wahrhaft fördernd seyn und durch welche auch ein einiges Zusammenwirken der Wissenschaft und Praxis der verschiedenen Staaten ermöglicht würde, keineswegs erhalten. Etwas ganz Anderes würde es freilich seyn, wenn sich Oesterreich mit anderen Deutschen Staaten zu einer solchen Revision seines Gesetzbuches verbinden würde, bei welcher ihm alle Fortschritte, welche die Wissenschaft in Oesterreich und besonders welche sie im übrigen Deutschland in unsrem Jahrhundert gemacht hat, und die reichen Erfahrungen, welche uns die Praxis dieser Zeit gewährt, mit vereinten Kräften zugewendet werden könnten! Aber davon ist nicht die Rede.

Das allgemeine Urtheil, welches der Verfasser über den Entwurf gleich im Anfange seines Buches (S. 4) ausspricht, geht dahin: „Dem sächsischen, mit wahrer Meisterschaft gearbeiteten „Entwurfe glauben wir unsere Anerkennung nicht besser aus- „drücken zu können, als wenn wir die Ueberzeugung aussprechen, „daß er auf der Grundlage des österreichischen Gesetzbuches würdig „fortgebaut habe; die Commission hat mit einer genauen bis in das „einzelnste Detail gehenden wissenschaftlichen Kenntniß der gesamm- „ten neuern Rechtsdoctrin die Resultate derselben in dem Ent- „wurfe niederzulegen und dieselben mit den Bestimmungen des österr. „Gesetzbuches in so harmonische Uebereinstimmung zu bringen ver- „standen, daß der Entwurf im Ganzen genommen wohl als das

„Gelungenste und Vollendetste dasteht, was die heutige Zeit in diesem „Gebiete der Legislation überhaupt hervorzubringen im Stande ist."

Der Verfasser hält also den Entwurf nicht blos für das relativ Beste, für das Gelungenste von Allem, was irgend bis jetzt die Deutsche Legislation hervorbrachte. Er setzt ihn noch viel höher. Der Entwurf soll das Unmögliche geleistet, die „Resultate der gesammten neueren Rechtsdoctrin mit den Bestimmungen des Oesterreichischen Gesetzbuches in harmonische „Uebereinstimmung zu bringen verstanden" haben, ja er soll sogar das „Gelungenste und Vollendetste" seyn, was in unsrer Zeit Deutschlands legislative Kraft „überhaupt hervorzubringen im Stande ist"!

Meine Antwort auf ein solches Urtheil liegt in den folgenden Blättern.

Die ganze Frage hat aber eine Richtung erhalten, welche für Deutsches Recht, für Deutsches Rechtsleben und für Deutsche Wissenschaft überhaupt von der höchsten Wichtigkeit ist, eine Wichtigkeit, bei welcher, ganz abgesehen von dem besonderen Wege, den der vorliegende Entwurf gehen wird, die Rechtsgelehrten Deutschlands sich besonders aufgefordert fühlen sollten, mit ihrer Stimme in dieser bedeutungsvollen Sache nicht zurückzuhalten.

Leipzig, den 13. Junius 1853.

Carl Georg Wächter.

Inhalt.

Wenn ich mir erlaube, im Folgenden einen Beitrag zur Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen zu geben, so glaube ich dabei die Erörterung der Vorfrage, ob denn überhaupt zu einer Codification des Privatrechts in Sachsen geschritten werden soll, ausschließen zu dürfen. Diese Frage ist für uns nun einmal eine entschiedene. Auch gehöre ich zu Denjenigen, welche sich stets für Codification erklärt haben, vorausgesetzt, daß sie nach gehöriger Vorbereitung in der rechten Weise unternommen und durchgeführt wird.

Bejaht man aber auch die Frage über Codification überhaupt, so ist damit noch nicht die Frage bejaht, ob denn jeder einzelne Deutsche Staat zu einer isolirten Codification seines Rechts schreiten soll. Es wäre überflüssig, die unendliche Wichtigkeit, welche Gemeinsamkeit des Rechts für eine große Nation hat, erst noch beweisen zu wollen. Wenn in einem Volke von mehr als 40 Millionen beinahe 30 verschiedene Gesetzgebungen gelten, was wird dann die Folge hievon seyn? politisch — eine immer größere Kluft und Entfremdung zwischen den einzelnen Völkerstämmen; für den Verkehr — die nachtheiligste Unsicherheit in demselben und schwer zu bewältigende Fesseln; für das Recht selbst — in kleineren Territorien der Mangel einer zum Gedeihen des Rechts unerläßlichen lebendigen Fortbildung desselben durch Wissenschaft und Gerichtsgebrauch; denn auch eine sogenannte vollständige Gesetzgebung kann nie

die Hülfe der Jurisprudenz entbehren, wie auch die wichtigsten Gesetzgebungen der neueren Zeit, die Preußische, Oesterreichische und Französische zeigten; jedes von der Wissenschaft verlassene Recht ist der Gefahr des Verdumpfens in einer buchstabenmäßigen Auffassung und Anwendung durch Organe, die in seinen Geist sich nicht hineingelebt haben, ausgesetzt. Dies dürfte die Erfahrung in Deutschland besonders früher bei den vielen Territorien mit ihren Particularrechten, und auch jetzt noch bei einzelnen zur Genüge beweisen. Zwar machte gerade Sachsen in der letzteren Hinsicht eine rühmliche Ausnahme; sein Particularrecht wurde von frühen Zeiten her bis auf die neueren auf die tüchtigste Weise von Männern der Wissenschaft und von einer intelligenten Praxis unterstützt, und bei den geistigen Kräften, über welche Sachsen gebietet, ist vorauszusehen, daß dies auch in der Folgezeit in gleicher Weise der Fall seyn wird. Aber bei der Frage über Codification dürfen wir nicht bloß ein einzelnes Deutsches Land ins Auge fassen, und jedenfalls werden, wenn auch dieses einzelne Land nicht von dem letztgenannten Uebelstande bedroht ist, dadurch die anderen zuerst erwähnten Uebelstände für dasselbe nicht gehoben.

Diese Momente erwägend, suchte König Wilhelm von Württemberg im Jahre 1847 mehrere Deutsche Staaten zu einer gemeinsamen Codification im Privatrechte und im Strafrechte zu vereinigen, und dieser Gedanke, dessen Durchführung die bedeutendsten und wohlthätigsten Folgen gehabt haben würde und welcher namentlich von der Königlich Sächsischen Regierung auf die entgegenkommendste Weise ergriffen wurde, war schon so weit ins Leben getreten, daß im Mai 1848 durch einen Zusammentritt gemeinsamer Bevollmächtigter zu seiner Ausführung geschritten werden sollte. Allein die Ereignisse des Jahres 1848 traten dieser Ausführung entgegen! — Daß aber etwas Gemeinsames auf dem Gebiete des Privatrechts, mit den wohlthätigsten Wirkungen für den Rechtszustand überhaupt und für den Verkehr insbesondere, durch kräftigen Willen der Deutschen Regierungen sich bewerkstelligen lasse, dies beweist die Deutsche Wechselordnung. Einer ähnlichen gemeinsamen Gesetzgebung für die übrigen Zweige nicht bloß des Handelsrechts, sondern des Privatrechts überhaupt, steht wenigstens die Natur des Gegenstandes nicht entgegen (sollten auch einzelne Punkte,

z. B. einzelne bäuerliche Verhältnisse und das eheliche Güterrecht, particularen Bestimmungen vorbehalten bleiben), und dann, wenn ein solches neues gemeines Recht unter uns erstehen würde, könnten wir die formelle Gültigkeit des Römisch-Byzantinischen Rechts freudig opfern.

Dies sind freilich vorerst fromme Wünsche, und ein Staat, wie Sachsen, wird sich durch deren zeitige Unerfüllbarkeit nicht abhalten lassen, vorerst in seinem Kreise in der Weise vorzuschreiten, wie er es zunächst durch seine Interessen für geboten hält. Auch dürfte bei einem solchen Vorangehen eine andere Hoffnung möglich seyn. Geht ein einzelner Deutscher Staat auf dem Gebiete der Codification mit einem tüchtigen, allen billigen Anforderungen möglichst entsprechenden Werke voran, so könnte es leicht der Fall seyn, daß andere Staaten sich an ein solches Werk gern anschließen würden. Es ist dies eine Möglichkeit, welche dem Versuche einer, wenn auch zunächst auf Sachsen beschränkten, Codification noch eine ganz besondere Bedeutung gibt.

Der Plan einer Codification des Privatrechts wurde in Sachsen wohl schon vor mehr als 50 Jahren gefaßt; vor 20 Jahren glaubte man, daß die Ausführung in ganz kurzer Zeit geschehen würde.[1]

Zur wirklichen Ausarbeitung eines Entwurfs aber kam man erst in der neuesten Zeit. Auf den Vortrag des Staatsministers Freiherrn Dr. v. Könneritz wurde im Jahre 1846 unter dessen Präsidium eine Commission zum Zwecke der Entwerfung eines Civilgesetzbuches niedergesetzt und dem einen Mitgliede derselben, Geheimenrath Dr. G. F. Held (die anderen Mitglieder waren O.-A.-G.-Präsident Dr. v. Langenn, auf welchen später der Vorsitz in der Commission überging, Ministerialrath Dr. v. Weber, und später Geh. Justizr. Dr. Siebdrat) die Abfassung des Entwurfes aufgetragen. Der vom Geheimenrath Held verfaßte und von der Commission berathene Entwurf wurde hierauf im Jahre 1851 durch den Justizminister Dr. Zschinsky einer wiederholten Beurtheilung zwischen dessen Verfasser und dem O.-A.R. Dr. Marschner unterworfen, und hierauf am Schlusse des Jahres 1852 durch den Druck bekannt gemacht unter dem Titel:

---

1) S. die treffliche Rede von G. F. Steinacker De novo juris civilis codice caute adornando. 1834; in s. Oratt. acad. Lips. 1838. p. 3.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Dresden, 4. (2180 Paragraphen auf 430 Seiten).

Dem Entwurfe sind vorangestellt einige „Allg. Motiven" auf XII Seiten, die sich über die allgemeinsten Beziehungen des Entwurfs, seinen Plan überhaupt und seine Form verbreiten. Abgesondert von ihm erschienen aber zu gleicher Zeit in einer zweiten Abtheilung:

Specielle Motiven zu den einzelnen Paragraphen des Entwurfs e. bürgerl. Gesetzbuches f. d. Königreich Sachsen. Dresden (530 Seiten), 4.

welche sich über die einzelnen Paragraphen des Entwurfs verbreiten.[2]

Zu diesen Motiven dürfen wir aber wohl noch eine andere Arbeit zählen. Es entschloß sich nämlich der Verfasser des Entwurfs und der angeführten Motive, einzelne Abhandlungen zu veröffentlichen „über — wie er ihren Gegenstand bezeichnet — „das Entstehen und das System des Entwurfs, über die darin „enthaltenen hauptsächlichen Aenderungen des jetzt geltenden „Rechts, über deren Einfluß auf die schon vorhandenen Rechts„verhältnisse und über etwaige kritische Bemerkungen, insoweit „sie eine Beleuchtung nöthig machen."[3]

Mit diesem sehr dankenswerthen Unternehmen begann Derselbe sofort, und es erschien bis jetzt das erste Heft dieser Abhandlungen unter dem Titel:

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen, in seinem Entstehen und in seinem System dargestellt von dem K. S. Geheimenrathe Dr. G. Fr. Held, Leipz. 1852 (45 Seiten) 8.

---

2) Im Folgenden werde ich bei Citaten diese speziellen Motive blos bezeichnen durch „Motive". Nur ist bei ihnen der Uebelstand, daß man nicht gut nach Seiten citiren kann. Es sind nämlich diese Motive auch noch als Theil der Landtagsacten gedruckt, und hier haben die Seiten die Zahlen 449—978, während die in den Buchhandel gekommenen Exemplare die Seitenbezeichnung 1—530 haben.

3) Ueber den Entwurf erschienen sind meines Wissens bis jetzt (ich schreibe dieses am 23. März 1853) folgende kritische Beiträge:

Franz Poland Praktische Bemerkungen zu dem Entwurfe e. bürgerl. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen. Leipz. 1853. (29 Seiten) 8.

Rechtliche Bedenken zu dem Entw. u. s. w. Leipz. 1853. (78 Seiten) 8.

Dieses Heft gibt im Wesentlichen eine nähere Ausführung Dessen, was in den Allg. Motiven über Entstehung, Plan und System des Entwurfes kurz angedeutet ist.

Je mehr Bedenken ich gegen den Inhalt des Entwurfes im Einzelnen habe, um so mehr bedaure ich, bei der Beurtheilung des Entwurfes das Erscheinen der übrigen Hefte nicht abwarten zu können. Denn dem Vernehmen nach soll Derselbe schon in den nächsten Tagen der Beurtheilung der zu diesem Zwecke im Jahre 1852 von den Ständen erwählten Deputation unterworfen werden, und es scheint demnach, daß die endliche Feststellung des Entwurfes in nicht langer Zeit bewerkstelligt werden soll. Dieser Umstand führt allerdings für den Beurtheiler des Entwurfes große Schwierigkeiten herbei. Jener Berathung müssen wir doch eine gewichtige Bedeutung für den ganzen Inhalt des Entwurfes beilegen, ich glaube sogar eine größere, als den Verhandlungen über den Entwurf bei den Ständen selbst. Denn darüber dürfte doch wohl kein Zweifel seyn, daß ein solches Gesetzeswerk in den Ständeversammlungen nicht im Einzelnen einer Berathung und Beschlußnahme unterworfen werden sollte, daß vielmehr die Ständeversammlung ihren mit Umsicht gewählten Deputationen in solchen Beziehungen die Hauptsache anvertrauen und sich nur ein Endurtheil über das Ganze vorbehalten werde. Wenn aber diese Voraussetzung richtig ist, so wird die bevorstehende Berathung der ständischen Deputationen von ganz besonderer Bedeutung, und was daher etwa Dritte, außerhalb dieses Kreises Stehende zur Beurtheilung des Entwurfs beitragen können, sollte womöglich noch vor oder wenigstens während jener Berathung mitgetheilt werden. Dies war aber bei der Kürze der Zeit in hohem Grade schwierig, und es wird daher jeder Beurtheiler sich die Frage vorlegen müssen, ob nicht unter solchen Umständen der Versuch einer Beurtheilung des Entwurfes besser ganz unterlassen werden sollte. Um in ein solches aus *einem* Gusse bestehende Werk von mehr als zweitausend Paragraphen sich völlig hineinzuarbeiten, bedarf es langer Zeit. Man kann bei demselben nicht wohl das *Einzelne* einer gründlichen und umfassenden Beurtheilung unterwerfen, ohne vorher das *Ganze* genauer zu kennen; man kann also nicht mit dem ersten Paragraphen beginnen, ehe man alle Paragraphen erwogen und das Verhältniß der einzelnen Paragraphen zu den verwandten Lehren und

zum Ganzen sich festgestellt hat. Dabei macht die Fassung des Entwurfes dem Beurtheiler noch ganz besondere Schwierigkeiten; es ist bei ihm in dieser Hinsicht ähnlich, wie beim Corpus juris: viele Sätze bekommen ihre volle Bedeutung und ihr Licht erst aus Bestimmungen, die man in anderen Kapiteln suchen muß; nicht selten ist ein Grundsatz ganz allgemein hingestellt, während man aus anderen Bestimmungen, die man im Entwurfe findet, sich überzeugt, daß derselbe ganz wesentlich beschränkt werden muß; die Ausnahmen und Modificationen, durch welche die wahre Grenze und Bedeutung der Regel bestimmt und ihre rechte Beurtheilung möglich gemacht wird, finden sich an sehr verschiedenen Orten zerstreut und oft in dem Paragraphen, der die Regel enthält, nicht entfernt angedeutet, so daß es sehr am Platze war, daß der §. 18 des Entwurfs gleich von vornherein darauf aufmerksam macht, daß „allgemeine Vorschriften in diesem Gesetzbuche „immer so zu verstehen sind, daß davon Fälle, worüber besondere „Bestimmungen vorkommen, auch wenn derselben keine Er„wähnung geschieht, ausgenommen bleiben"; eine ganz neue Bestimmung wird oft durch ein unscheinbares Wort oder durch ein Schweigen des Entwurfes ausgesprochen, und der Ausleger hat beim Entwurfe in nicht wenigen Punkten mit ähnlichen Schwierigkeiten zu kämpfen, welche uns die Auslegung des Röm. Rechts bietet. Um mit Sicherheit eine umfassende Beurtheilung des Entwurfes geben zu können, wäre es nothwendig, sich Monate lang ausschließlich mit ihm zu beschäftigen. Dies ist und war mir nicht möglich; ich konnte neben den Anforderungen meines Berufes bis jetzt nur eine verhältnißmäßig sehr geringe Zeit dem Entwurfe widmen. Was ich geben kann, ist mehr die Frucht eines Durchlesens, nicht die Frucht einer Durcharbeitung des Entwurfes, und deßhalb gebe ich zum Voraus zu, daß mir leicht Etwas entgehen mochte, daß manche Ausstellung bei einem genaueren Studium des Entwurfes ihre Rectification im Entwurfe selbst finden kann, und daß vielleicht auf manche meiner Bedenken das Prädicat Anwendung leidet, welches Held am Schlusse des angeführten ersten Heftes seiner Abhandlungen gebraucht, daß sie mitunter Bedenken seyn können, welche „außer„halb der Objectivität des Gesetzes und des Falles liegen." Die angeführten Umstände aber mögen mich entschuldigen, wenn ich bei der Alternative — dieser Gefahr mich auszusetzen,

oder auf eine Beurtheilung des Entwurfes, welche möglicherweise, falls sie einige richtige Gedanken enthält, noch für den Entwurf benützt werden könnte, ganz zu verzichten — das Erstere wählte.

I.

Ueber den Entwurf überhaupt.

Die Allg. Motive S. IX gehen davon aus, daß man bei Bearbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches zwei Wege einschlagen könne: „je nachdem man 1. nur höhere (?) Rechtssätze auf„stellt und die Anwendung auf die einzelnen besonderen Fälle, „die Folgerungen, welche aus ihnen für diese zu ziehen sind, „dem Verstande dessen überläßt, der das Gesetzbuch zu benutzen „hat, 2. oder die Rechtsverhältnisse bis in die kleinsten Abwei„chungen von dem Gewöhnlichen und in ihrer Anwendung bis „auf jeden einzelnen besonderen Fall nachweisen und gesetzlich „normiren will." Als die „Repräsentanten dieser verschiedenen „Methoden der Gesetzgebung in ihren beiden Extremen" bezeichnen sie das Oesterreichische und das Preußische Gesetzbuch (vergl. auch Held a. a. O. S. 33 f.) und bemerken, daß man die bei der Abfassung des Oesterr. Gesetzbuches beobachtete Methode angemessen und zweckmäßig gefunden habe, geben aber dabei zu, daß diesem Gesetzbuche in vielen Fällen der Vorwurf zu großer Kürze und zu großer Schwierigkeit bei der Anwendung nicht mit Unrecht gemacht zu werden scheine; man habe daher in solchen Fällen „die Anwendung der höheren Sätze mindestens „auf mehrere einzelne Hauptfälle durchgeführt, um für sie ein „sichereres Anhalten zu gewähren und zugleich ein klareres Bei„spiel der richtigen Anwendung aufzustellen." Dies führt Held a. a. O. S. 35 weiter aus, indem er namentlich bemerkt: Die im Oesterreich. Gesetzbuche von Anderen gerügten Mängel (einer zu großen „Generalität" und der Schwierigkeit seiner Anwendung wegen seiner principiellen Haltung) seyen „nicht ganz „unbeachtet zu lassen gewesen. Man habe im Entwurfe an „vielen Stellen Definitionen gegeben, um die Fixirung des juristi„schen Begriffes in der Art zu bewirken, wie ihn der Gesetzgeber „aufgefaßt haben wolle und wie er daher bei der Anwendung

„der betreffenden Vorschriften unterlegt werden müsse; man habe „manche Controversen, welche das gegenwärtige Recht darbiete „und welche durch die Grundsätze des Gesetzbuches nicht schon „überhaupt erledigt worden, durch eine speciellere Vorschrift zur „Entscheidung gebracht, weil sie für das practische Leben eine „gewisse (?) Wichtigkeit haben; man habe einen und den anderen „höheren Grundsatz in einige Folgesätze aufgelöst und auf die „wichtigeren Fälle angewendet, um dadurch den Sinn und die „Bedeutung des Princips deutlicher vor Augen zu führen; man „habe sich demnach zwar in der Hauptsache die Haltung des „Oesterr. G.-B. zum Muster genommen, jedoch dabei in mancher „Hinsicht die etwas größere Ausführlichkeit des Code civil und „der Hessischen Entwürfe nachahmungswerth gefunden."

Bei den Urtheilen, welche competente Beurtheiler über das vor beinahe einem halben Jahrhundert gefertigte Oesterreichische Gesetzbuch und über den Code civil fällten, könnte ein solches Anschließen des Entwurfes an dieselben sehr bedenklich erscheinen; das Bedenken könnte noch vermehrt werden, wenn man erwägt, daß der angeführte Plan „höhere Rechtssätze" entgegensetzt der Anwendung auf die einzelnen besondern Fälle und den aus jenen für diese zu ziehenden Folgerungen, und sich in der Hauptsache blos auf jene höheren Rechtssätze beschränken will; man könnte fragen, was denn unter einem hohen oder höheren Rechtssatze zu verstehen sey, und mit Recht fragen, ob denn nicht zwischen einem solchen Rechtssatze und seinem angeführten angeblichen Gegensatze noch vieles Andere mitten inne liege, was zu den wesentlichen Bestandtheilen eines den Bedürfnissen unsrer Zeit entsprechenden Gesetzbuches gehört, aber hier nicht beachtet zu seyn scheine. — Indessen verschwinden manche dieser Bedenken, wenn man den Entwurf genauer betrachtet und prüft. So sehr er sich auch, zum Theile ganz wörtlich und häufig nicht zu seinem Vortheile, an das Oesterreichische Gesetzbuch angeschlossen hat[4], so hat er doch nicht blos in den genannten, sondern auch in vielen anderen Beziehungen Mängel dieses Gesetzbuches ver-

4) Beispiele werden unten vorkommen. Uebrigens finden sich auch Paragraphen im Entwurfe, bei welchen auszustellen ist, daß er nicht noch mehr, als er es that, dem Oestr. G. B. folgte. Auch davon will ich später eine Reihe von Beispielen anführen. Vergl. auch die Not. 3. angef. Rechtl. Bedenken S. 16 f., 63 f.

mieden, und er ist im Vergleiche mit diesem Gesetzbuche als ein Fortschritt zu bezeichnen.

Allein bei einer Beurtheilung des Entwurfes darf man sich nicht damit begnügen, blos diesen Maaßstab an denselben zu legen. Sollte es auch zu weit gegangen seyn, wenn ein angesehener Oesterreichischer Rechtsgelehrter meinte, „der Zeitpunkt, „in welchem unser Gesetzbuch verfaßt wurde, war auch gar nicht zu „einer gesetzlichen Behandlung der Rechtswissenschaft geeignet"[5], und würdigt man auch die unläugbaren Verdienste dieses Gesetzbuches im Verhältnisse zur Zeit seiner Entstehung vollkommen: so kann doch darüber kein Zweifel seyn, daß gerade in der Zeit, die seit Erlassung des Oesterr. Gesetzbuches verflossen ist, die Wissenschaft sehr große Fortschritte gemacht hat (namentlich in den Beziehungen, welche der eben angeführte Oesterr. Schriftsteller zum Zwecke der Legislation noch so sehr vermißt hatte), daß unser Beruf zur Gesetzgebung jedenfalls ein weit begründeterer geworden ist, als er es vor 50 Jahren war — wesentlich mit durch die unsterblichen Verdienste des Mannes, welcher vor 40 Jahren den Beruf zur Gesetzgebung in Deutschland entschieden in Abrede zog — und daß man daher jetzt einen umfassenden legislativen Versuch nach einem ganz anderen Maaße beurtheilen muß und man berechtigt ist, die Anforderungen an denselben im Gegensatze zu jener früheren Zeit weit, weit höher zu spannen.

Soll oder darf ich meine Ansicht über den Entwurf überhaupt und im Allgemeinen aussprechen, so geht sie dahin: Er ist eine überaus fleißige, in vielen Hinsichten dankenswerthe Arbeit; die Principien der Gerechtigkeit, der Gleichheit vor dem Gesetze, der möglichsten Wahrung der individuellen Freiheit in der Sphäre des Privatrechts, welche er durchzuführen sucht, sind rühmend anzuerkennen, und wir verdanken diesem Bestreben eine Reihe entschiedener Verbesserungen des bestehenden Zustandes, die der Entwurf bietet; auch in seiner Anlage im Allgemeinen, in dem Grundgedanken über den zu befolgenden Plan und in seiner Anordnung, namentlich auch, wenn ich es so nennen kann, in der Oekonomie, welche er im allgemeinen Theile beobachtet[6], muß

---

5) Schuster, in Wagner's Zeitschr. f. Oesterr. Rechtsgelehrsamkeit. 1830. S. 223.

6) Wenn Vieles, was Manche im allgemeinen Theile suchen werden und in diesen stellen würden, erst in den besondern Theilen sich findet, so wird daraus

man ihm größtentheils beistimmen; er ist eine schätzbare, mit Bewältigung der größten Schwierigkeiten gefertigte Grundlage einer künftigen Gesetzgebung.

Aber im Einzelnen scheint er mir sehr viele Bedenken darzubieten. Sollten diese auch nur zum größeren Theile begründet seyn, so würde sich daraus ergeben, daß der Entwurf ganz wesentlich umgearbeitet werden müßte, wenn er seine Zwecke erfüllen und in seiner Erhebung zum Gesetze ein entschiedener Gewinn im Gegensatze zum bestehenden Zustande unsres positiven Rechts gefunden werden sollte. Es ist nämlich der Entwurf

1. sehr unvollständig. Von einer Codification erwartet man, daß das Gesetzbuch möglichst vollständig den Kreis, der seine Aufgabe bildet, zu erschöpfen sucht, und die Allg. Motive S. V setzen mit Recht die Aufgabe des Entwurfs in „ein möglichst vollständiges System in sich harmonirender, den jetzigen Verhältnissen und Sitten entsprechender Gesetzesvorschriften." Allein in dem Entwurfe findet man für eine Reihe der wichtigsten Privatrechtsverhältnisse gar keine Entscheidung, sondern statt dessen eine Verweisung auf anderweit bestehendes Recht, das also außerhalb des Gesetzbuches zu suchen ist, namentlich eine Verweisung auf s. g. politische Gesetze, wovon unten (Abschn. V.) noch näher die Rede seyn wird. Außerdem läßt er aber auch in den Verhältnissen, die er erschöpfend zu normiren sich die Aufgabe machte, nicht Weniges unbestimmt und unentschieden, bleibt häufig so zu sagen auf der Oberfläche der Verhältnisse, ohne sie wahrhaft zu durchdringen, giebt auch für manche Fragen, die dermalen sehr bestritten sind, keine Entscheidung und trägt so die alte Controverse auch in das neue Recht über. Von der anderen Seite enthält er mitunter zu Vieles. Zwar sucht er mit Recht Alles zu ver-

---

dem Entwurfe ein Vorwurf nicht gemacht werden können, namentlich wenn man die wesentlichen Verschiedenheiten zwischen einem Gesetzbuche und einem wissenschaftlichen Systeme gehörig im Auge behält. Eher wird es die Frage seyn, ob nicht noch zu Vieles im allgem. Theile seine Stellung erhalten hat; namentlich ist dies der Fall bei den Abschnitten über Besitz und Verjährung. Der Besitzbegriff bezieht sich nach dem Entwurfe blos auf das (dingliche) Sachenrecht, und deßhalb gehört der Abschnitt über Besitz in das Sachenrecht, und namentlich der über Rechtsbesitz, da der Entwurf ihn durchaus auf Dienstbarkeiten beschränkt, zu den Dienstbarkeiten. Das Gleiche ist der Fall mit der Ersitzung des Eigenthums und der Dienstbarkeiten, die doch im allgemeinen Theile eine gar zu ungeeignete Stellung hat.

meiden, was der Schule und der Wissenschaft zu überlassen ist; aber er war hierin nicht immer glücklich; er enthält manches blos der Schule Angehörige, und dabei noch dazu in einer Weise, die auch noch anderen Ausstellungen Raum gibt (s. unt. Abschn. IV.).

2. Der Entwurf enthält sehr viele und zum Theile sehr weit greifende Aenderungen am bestehenden Rechte, sehr viel völlig neues Recht. Vielen dieser Aenderungen ist der bestehende Rechtszustand entschieden vorzuziehen (vgl. Abschn. III.); denn nicht wenige sind in hohem Grade bedenklich, andere und unter diesen gerade sehr wichtige und umfassende sind meines Erachtens entschieden nicht zu billigen und im Verhältnisse zum Bestehenden ein Rückschritt.

3. Bei nicht wenigen Paragraphen ist die nöthige Schärfe und genaue umsichtige Fassung zu vermissen, wodurch in einzelnen Beziehungen Unsicherheit des Rechts und viele neue Controversen erzeugt werden müssen. Ueberdies sind manche Bestimmungen so unklar gefaßt, daß es schwierig ist, über den Sinn, den sie aussprechen wollen, zu einem bestimmten Resultate zu gelangen. Wenigstens ist das mir mit manchen Bestimmungen so gegangen, und ich bin gar nicht sicher, ob ich wirklich richtig aufgefaßt habe, was der Entwurf mit ihnen sagen wollte; ich würde bei ihnen ganz resultatlos bleiben, wenn ich von der Vorschrift des §. 14 ausgehen sollte, nach welcher „den Gesetzen in der „Anwendung nur der Sinn beizulegen ist, der aus der eigen„thümlichen Bedeutung der Worte und ihrem Zusammenhange „und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorgeht"; und ich glaube nicht unbescheiden zu seyn, wenn ich annehme, daß wie mir, es ähnlich auch manchen anderen Lesern des Entwurfs gehen wird.

4. Die Construction der Begriffe, wie wir sie im Entwurfe finden, und ihre Schärfe (wohl zu unterscheiden von den Definitionen) — durch welche gerade das Römische Recht in hohem Grade sich auszeichnet und die so wichtig ist für Sicherheit und Gerechtigkeit in Beurtheilung und Entscheidung der Rechtsverhältnisse — läßt mitunter ganz Wesentliches zu wünschen übrig. Auch liegt in manchen Fällen den Bestimmungen des Entwurfes ein Verkennen der wahren innern Natur der betreffenden juristischen Verhältnisse zu Grunde, so daß Verhältnisse, welche ihrer innern Natur

nach wesentlich verschieden sind und daher auch verschieden zu behandeln sind, mitunter gleichbehandelt, Verhältnisse aber, welche gleiche Natur haben und daher wesentlich gleich zu behandeln sind, mitunter vom Entwurfe verschieden behandelt werden (vgl. unt. Abschn. II., zum Theile auch Abschn. III., und Das, was gleich nachher über §. 995 auszuführen seyn wird). Auch hat der Entwurf sich von inneren Widersprüchen und von Unvereinbarkeiten mit seinen eigenen Principien nicht frei gehalten.

Sollte in diesen Beziehungen nicht durchgreifend geändert werden, so fürchte ich, daß wir von den Früchten Jahrhunderte langen Wirkens und Schaffens und von den, auch von den Motiven gebührend gewürdigten, Errungenschaften, die wir dem Römischen Geiste und Deutscher Wissenschaft und Praxis danken, Manches wieder verlieren möchten.

Ich will es versuchen, im Folgenden die ausgehobenen Bedenken zu belegen und diese Belege an eine Besprechung der allgemeineren Beziehungen des Entwurfes anknüpfen (Abschn. III. bis VI.). Nur bemerke ich, daß ich bei diesen Belegen das Familien- und Erbrecht, soweit nicht der Zusammenhang nothwendig darauf führt, im Wesentlichen ausschließe. Ich schließe zwar diese Rechtstheile keineswegs von den geäußerten Bedenken aus; aber es würde für jetzt zu weit führen, wenn ich hier auch sie im Einzelnen wesentlich beachten wollte. Auch bei den übrigen Theilen des Entwurfes nöthigen meine Zeit und der zu beachtende Raum, bei dem reichen Stoffe mich auf eine Reihe von Beispielen zu beschränken; Vieles, was einen Gegenstand der Kritik bilden würde, muß ich übergehen und mir vorbehalten, nach Umständen später in einer speziellen Beurtheilung der einzelnen Kapitel des Entwurfes es nachzuholen.

Aber ehe ich auf die allgemeineren Beziehungen des Entwurfes übergehe, erlaube ich mir hier vorerst einige Beispiele für den dem Entwurfe zuletzt gemachten Vorwurf der Inconsequenz, des inneren Widerspruches und der Unvereinbarkeiten anzuführen, weil dieser am Auffallendsten erscheinen wird.

II.

Unvereinbarkeiten und Unauflöslichkeiten im Entwurfe.

Will man streng seyn, so könnte man gleich einen der ersten Paragraphen des Entwurfes für das Gesagte als Beispiel anführen, den §. 3 (selbst schon den §. 1; doch über diesen s. unt. Abschn. IV.). Der §. 3 sagt nämlich: „Sobald ein Gesetz ge-„hörig bekannt gemacht worden ist, kann sich Niemand darauf „berufen, daß er dasselbe nicht gekannt oder nicht verstanden „habe."

Dieser (im Wesentlichen dem Oesterr. Ges.-B. entnommene) §. steht mit anderen §§. entschieden im Widerspruche, z. B. mit §. 132, 990. Wenn z. B. Jemand nach Publication des Entwurfes (als Gesetzbuch) eine Nichtschuld aus Irrthum über den Inhalt des Gesetzbuches bezahlte, also er sich irrig für verpflichtet gehalten hatte, lediglich weil er den Inhalt des Gesetzbuches nicht kannte oder ihn falsch auslegte — kann er sich auf einen solchen Rechtsirrthum berufen und daher das Gezahlte zurückfordern? Nach §. 3 ist die Frage zu verneinen, weil **Niemand**, also auch er nicht, auf Rechtsirrthum sich berufen kann; der §. 990 aber bejaht die Frage (und zwar sehr mit Recht). Wir müssen daher schon bei diesem §. Gebrauch machen von dem oben S. 6 angef. §. 18, aber freilich in einem Falle davon Gebrauch machen, den ein Gesetz so zu bestimmen sich nicht erlauben sollte, indem mit der absolut exclusiven Fassung des §. 3 Ausnahmen sich nicht vertragen. Man muß das „kann Niemand" so auslegen, als ob es hieße „kann man in der Regel nicht" (ob aber dann der dadurch gewonnene Satz legislativ ganz ausreichend ist, dies ist eine andere Frage, die ich nicht bejahen möchte).

Läßt sich hier der Widerspruch zur Noth, aber nur durch eine sehr gewaltsame Interpretation heben, so finden sich dagegen im Entwurfe auch Fälle, bei denen selbst dies nicht möglich ist, weil der innere Widerspruch ein principieller ist.

Ein prägnantes Beispiel hiefür scheint mir die eben erwähnte Rückforderung einer Nichtschuld, nur in einer anderen, als der berührten Beziehung zu geben. Ueber die Frage, wofür der Empfänger einer Nichtschuld zu haften, was er also zurückzugeben habe, enthält der Entwurf Bestimmungen, in welchen ich nur den größten innern Widerspruch finden kann und die ich mir nur

dadurch zu erklären weiß, daß er sich durch eine Fessel vermeintlichen Römischen Rechts, d. h. durch eine irrige Auffassung einzelner Stellen des Röm. Rechts, namentlich solcher, welche eine gezahlte Nichtschuld mit einem Darlehen vergleichen, und durch die irrigen Ansichten einiger Interpreten derselben bestimmen ließ. Das Verhältniß ist folgendes: Es zahlt Jemand aus Irrthum eine Nichtschuld, also Etwas, was er in der That nicht schuldig war, aber schuldig zu seyn glaubte, und Derjenige, welchem er zahlte, ist dabei in redlichem Glauben, d. h. in der Meinung, eine wirkliche Schuld zu empfangen; in einem solchen Falle kann der Zahlende das Geleistete zurückfordern (§. 990, 998). Aber hier entsteht die wichtige Frage: was muß der Empfänger zurückgeben, wenn er zur Zeit der Rückforderung Das, was ihm geleistet wurde, gar nicht mehr oder wenigstens nicht mehr vollständig hat. Die Rechtsconsequenz und die Gerechtigkeit führen hier auf folgenden Grundsatz: der Empfänger, welcher redlich glaubt, Etwas ihm Gebührendes empfangen zu haben, und deßhalb in der redlichen Meinung seyn mußte, ganz nach Belieben über das Empfangene disponiren zu können, ohne Jemandem dadurch ersatzpflichtig zu werden, darf durch die Handlung des Zahlenden nicht Schaden leiden; wenn er daher das Empfangene durch Zufall verlor oder es durch Zufall verschlechtert wurde oder wenn er es in dem bezeichneten guten Glauben verbraucht, verschleudert, veräußert ꝛc., so steht er dafür nicht ein; er erstattet blos, was er von dem Gezahlten zur Zeit der Rückforderung noch hat, oder, so weit er es nicht mehr hat, den Betrag dessen, um was er durch das Empfangene noch bereichert ist. Leidet dabei der Zahlende Verlust, so hat dieser es, als Folge seiner eigenen Handlung, lediglich sich selbst zuzuschreiben. Es würde eine nicht zu rechtfertigende Ungerechtigkeit seyn, wenn der unschuldige Empfänger ihn für einen solchen Verlust decken müßte. — Diesen gerechten Grundsatz erkennt auch der Entwurf in §. 995 Nr. 2 an. Er bestimmt hier ganz richtig, daß der Empfänger die empfangenen „Sachen wie der redliche Besitzer einer fremden Sache in Natur, oder wenn er sie „veräußert oder verwendet hat, das dadurch Gewonnene, so„weit es nicht den Werth der Sache übersteigt, erstatten müsse." Allein ganz die entgegengesetzte Entscheidung gibt der Entwurf in Nr. 1 für den Fall, wenn Das, was dem Empfänger gezahlt wurde, in vertretbaren Sachen, z. B. in Geld bestand

(was gerade der häufigste Fall seyn wird); hier soll der Empfänger für das Empfangene haften „wie der Schuldner aus einem „Darlehne"; es soll also der Empfänger den vollen Betrag des Empfangenen zurückerstatten müssen, wenn er auch das Empfangene inzwischen im guten Glauben veräußert hatte und gar nicht mehr davon bereichert ist, ja sogar, wenn durch reinen Zufall ihm das Empfangene abhanden kam! Wie soll sich diese auffallende Bestimmung irgend vereinigen lassen mit dem Princip, auf welches die Bestimmung unter Nr. 2 gebaut ist? wie soll es sich rechtfertigen lassen, daß der redliche Empfänger einer Nichtschuld, wenn ihm vertretbare Sachen gezahlt sind, für Alles, was er mit diesen Sachen vornimmt, haften, ja sogar für den Zufall einstehen und er den sich ergebenden Schaden leiden soll und nicht der Zahlende? dagegen wenn ihm unvertretbare Sachen gezahlt wurden, von allem Diesen das Gegentheil gelten, er nicht für den Zufall haften, blos Das, um was er noch bereichert ist, erstatten, und nicht er den sich ergebenden Schaden, sondern der Zahlende ihn tragen soll? Wie soll die Entscheidung für den letzteren Fall eine gerechte seyn, wenn für den ersteren Fall die ganz entgegengesetzte die gerechte ist? und wie soll diese Verschiedenheit in der Entscheidung sich irgend motiviren können lediglich und allein durch die Verschiedenheit der Sachen, welche den Gegenstand der Zahlung bildeten? Es wird dadurch ein völlig unwesentliches Moment zum wesentlichen, zum Entscheidungsprincip erhoben; denn für die Frage, wie weit das Recht des Zurückfordernden geht, ist die Qualität des Gezahlten ganz unwesentlich; die wesentlichen Momente sind nur die irrige Zahlung der Nichtschuld und der redliche Empfang der Zahlung. Aus diesen Momenten allein kann die Frage, wie weit das Zurückforderungsrecht geht, bestimmt werden; für diese Frage ist aber die Qualität des Gezahlten etwas völlig Indifferentes; was der Zurückfordernde bekommt, wenn jene Frage entschieden ist, dies ist dann blos eine Sache der Berechnung. Hiernach liegt in jenen beiden Entscheidungen des Entwurfes ein principieller innerer Widerspruch; denn es wird das Princip, das er in dem einen Falle als das rechte erkennt und anwendet, in einem anderen wesentlich völlig gleichen als unrecht verworfen und ein entgegengesetztes Princip angewendet. Aber auch abgesehen von dem inneren Widerspruche, so möchte es wohl keinem Zweifel unterliegen,

daß die Entscheidung, welche der Entwurf für die Zahlung vertretbarer Sachen gibt, ein legislativer Mißgriff ist; denn sie ist auch materiell ungerecht und müßte zu den größten Härten führen. Wenn mir z. B. Jemand 1000 Thaler unter dem Anführen zahlt, er habe unter seinen Papieren gefunden, daß er aus einer früheren Abrechnung meinem Vater, den ich beerbt habe, diese Summe noch schuldig sey, und ich keinen Grund habe, daran zu zweifeln und deßhalb sie annehme, und mir in der folgenden Nacht dieses Geld gestohlen wird oder ich in der Freude über den unerwarteten Eingang einer unbekannten Forderung eine Vergnügungsreise mache, auf der ich die 1000 Thlr. lediglich verbrauche, aber nun nach einigen Wochen jener Zahlende wieder kommt und beweist, daß er sich geirrt habe, daß jene Schuld längst getilgt worden sey, — wer soll die Folgen des Irrthums des Zahlenden tragen? Soll ich nun die 1000 Thlr., welche gestohlen wurden, ihm ersetzen? oder soll ich nun die Ausgabe, welche ich ohne seine Zahlung gar nicht gemacht haben würde, allein tragen und ihm 1000 Thlr. zahlen? Der Entwurf bejaht es unbedingt. Aber die natürliche, wie die juristische Auffassung wird sich gegen eine solche Entscheidung entschieden erklären; sie wird sich um so mehr dagegen erklären, als das Gesetz (d. h. der Entwurf) in dem Falle, wenn die gezahlte Sache eine nicht vertretbare gewesen und sie mir gestohlen worden wäre oder ich sie veräußert und das Kaufgeld auf einer Vergnügungsreise verbraucht hätte, mich von aller Verbindlichkeit zum Ersatze freispricht. In den Motiven sucht man vergebens eine Rechtfertigung jener auffallenden Entscheidung; sie sagen nichts weiter, als: „die Haftverbindlichkeit des Empfängers ist nach der sach„gemäßen Ansicht des gemeinen Rechts verschieden bestimmt wor„den, je nachdem er in gutem oder bösem Glauben sich befindet." Aber der Entwurf geht ja noch weiter; er bestimmt weiter die Haftbarkeit des Empfängers in gutem Glauben verschieden, je nach der Verschiedenheit der gezahlten Sachen. Dafür aber könnte man in der That weder eine Sachgemäßheit, noch das gemeine Recht anführen; denn wenn auch Manche den Grundsatz, den der Entwurf bei der Zahlung vertretbarer Sachen festsetzt, in l. 7 D. de condict. indeb. und l. 25 de praescr. verb. act. oder in der Analogie des Darlehens finden wollen: so beruht dies nur auf einer irrigen Auffassung jener Stellen und einer in dieser

Weise völlig unzulässigen Analogie des Mutuum's. Selbst aber auch, wenn das Röm. Recht eine solche Entscheidung enthalten würde, so wäre hier es am Orte gewesen, das bestehende Recht zu verbessern und aus demselben eine ungerechte Entscheidung und eine Inconsequenz zu entfernen, die aber in demselben wirklich sich nicht findet.

Weitere Belege für das S. 14 Gesagte möchten folgende Bestimmungen des Entwurfes geben.

In einem Abschnitte, welcher von Erwerbung und Verlust des Eigenthums „im Allgemeinen" handelt, sagt der §. 279:

„An Grundstücken wird das Eigenthum nur durch Eintra„gung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. Wenn„gleich Jemand ein Recht hat, sie zu verlangen, so besteht doch, so „lange sie nicht erfolgt ist, nur ein Rechtstitel zur Erlangung des „Eigenthums." Der §. 280 fügt bei: „Ebenso wird das Eigen„thum an Grundstücken nur durch die Eintragung eines anderen „Eigenthümers in das Grund- und Hypothekenbuch aufgehoben."

Dagegen sagen die §§. 208 u. 209 unter der Rubrik „Erforderliche Zeit bei Ersitzung des Eigenthums" Folgendes:

§. 208. „Das Eigenthumsrecht, dessen Gegenstand eine „bewegliche Sache ist, wird durch einen dreijährigen Besitz er„sessen". §. 209 „Die Ersitzung unbeweglicher Sachen „wird in 30 Jahren vollendet."

Wie ist diese Bestimmung über Ersitzung unbeweglicher Sachen irgend zu vereinigen mit §. 279? Nach §. 279 soll das Eigenthum an Grundstücken **nur** erworben werden können durch Eintragung in das Grundbuch, nach §. 209 wird die Ersitzung eines Grundstücks in 30 Jahren vollendet, d. h. (vergl. die angef. Rubrik) an einem Grundstücke wird das Eigenthum durch 30jährige Ersitzung erworben. Unmöglich kann man hier zur Vereinigung den oben S. 8 angeführten §. 18 zu Hülfe nehmen, nach welchem allgemeine Vorschriften des Entwurfes immer so verstanden werden sollen, daß davon Fälle, worüber besondere Bestimmungen vorkommen, auch wenn derselben keine Erwähnung geschehe, ausgenommen bleiben. Denn wenn eine allgemeine Vorschrift geradezu sagt, daß sie eine durchaus ausschließliche sey, was der §. 279 durch sein „nur" erklärt: so sagt ja eben damit das Gesetz, daß von ihr abweichende, besondere Bestimmungen gar nicht vorkommen werden und sollen, und wenn dann

doch solche vorkommen, so bilden sie nicht eine Ausnahme von jener allgemeinen Bestimmung, sondern einen Widerspruch des Gesetzes mit sich selbst.[7]

Auch konnte es gar nicht die Absicht des Entwurfes seyn, einen Erwerb des Eigenthums an Liegenschaften noch auf andere Weise als durch bloße Eintragung zuzugeben, indem Entwurf und Motive an verschiedenen Orten das entschiedenste Gewicht darauf legen, daß dieser Eintrag der einzige Weg sey, Grundeigenthum zu erwerben. Wie sollen aber nun die Paragraphen des Entwurfes, welche doch noch auf andere Weise eine Erwerbung von Grundeigenthum zulassen[8], und wie soll namentlich jener §. 209 erklärt werden? Die Motive über den Abschnitt von der Verjährung sagen gar nichts darüber; dagegen sagen die Motive zu §. 279 (zu der Bestimmung, daß an Grundstücken das Eigenthum nur durch Eintragung in das Grund- und Hyp.-B. erlangt werde) Folgendes: „Zum ersten Satze des §. 279 ist auf „§. 2 des Grund- und Hyp.-B.-Gesetzes von 1843 zu verweisen, „der Inhalt des §. 280 ist eine nothwendige Consequenz hiervon." Allein was soll diese Verweisung auf §. 2 des Grund- und Hyp.-B.-Gesetzes? Dieses Gesetz spricht ja in seinem §. 2 gar nicht (wie es der Entwurf thut) von dem Eigenthum an Grundstücken überhaupt und geht von einer ganz anderen Voraussetzung, als der Entwurf, aus, von der Voraussetzung, daß das Eigenthum ein gedoppeltes sey, ein bürgerliches oder Civil- und ein Naturaleigenthum, und spricht ja blos von **einer** dieser Arten des Eigenthums, vom bürgerlichen Eigenthum, und da konnte jenes Gesetz wohl sagen: „das **bürgerliche** „Eigenthum an Grundstücken als dingliches Recht wird nur durch

---

7) Ein gleicher Widerspruch durch ein solches nur findet sich auch im §. 11. Dieser sagt: „Außer den §§.7—10 angegebenen Fällen sind ausländische Gesetze „**nur** anzuwenden: 1. wenn auf dieselben bei Rechtsgeschäften Rücksicht genom- „men worden ist, oder 2. wenn das Erwiederungsrecht eintritt." Wie ist mit diesem „nur" zu vereinigen z. B. §. 277 a. E., §. 1689 Abs. 2? Diese §§. schreiben die Anwendung ausländischen Rechts vor in Fällen, welche weder unter die Kategorie von Nr. 1 und 2 des §. 11, noch unter die von §. 7—10 fallen.

8) Die §§. 287, 289, 290, 292 setzen eine „Erwerbung des Eigen- „thums" an Grundstücken durch Zuwachs fest, während kaum vorher der §. 279 sagt: „an Grundstücken wird das Eigenthum **nur** durch Eintragung er- „worben," also verneint, daß es auch durch Zuwachs oder auf andere Weise erworben werden kann!

„Eintragung in das Grundbuch erlangt.“ Es kann daher dieses Gesetz neben dieser ausschließlichen Erwerbungsart des bürgerlichen Eigenthums wohl noch eine Ersitzung von Grundstücken, aber nicht als Erwerbart des bürgerlichen, sondern blos des **natürlichen** Eigenthums bestehen lassen (vergl. §. 28 des Ges. v. 1843 u. VO. vom 15. Febr. 1844). Der Entwurf dagegen hebt ja diese Duplicität des Eigenthums ganz auf (ob mit Recht, ist eine andere Frage, davon s. Abschn. III.); er läßt daher im §. 279 den Beisatz „bürgerliche“, den der von den Motiven in Bezug genommene §. 2 des Gesetzes v. 1843 hat, weg, (also gerade einen Punct, der nach dem Ges. v. 1843 ganz wesentlich und den Sinn des §. 2 bedingend war), und sagt somit von allem und jedem Eigenthum (was der §. 2 cit. blos von einer Art des Eigenthums sagt), daß es nur durch Eintragung erworben und nur durch Eintragung verloren werde. Dadurch entsteht aber eben die angeführte Unauflöslichkeit, die dem Ges. v. 1843 nicht zur Last fällt.

Was soll nun aber die Ersitzung unbeweglicher Sachen, von welcher der §. 209 spricht? Habe ich nicht irgend Etwas im Entwurfe oder in den Motiven übersehen, so finde ich darüber nur eine ganz beiläufige Bemerkung in den Motiven zu §. 279. Hier wird die Aufhebung des Unterschiedes zwischen bürgerlichem und natürlichem Eigenthum, obwohl ihn noch das Ges. v. 1843 festhält, dahin motivirt: „man hat diese Unterscheidung nunmehr „gänzlich fallen lassen, weil sie nur geeignet ist, die Begriffe zu „verwirren (??) und weil die Bezeichnung eines Eigenthumsrechtes „nicht auf ein Recht angewendet werden kann, welches weder „von dem Staate, noch auch wegen der Oeffentlichkeit der Grund„bücher von dritten Personen, welche sich auf letztere stützen, als „solches anerkannt zu werden braucht. Derjenige, welcher ein „Grundstück rechtmäßig erworben und übergeben erhalten hat, „ohne eingetragen zu seyn, hat zwar das Recht, den Eintrag zu „verlangen, es nützt ihm zwar ferner, wenn schon unter „gewissen Beschränkungen die Ersitzung, auch kommt ihm „endlich ein Rechtsmittel gegen Diejenigen zu statten, welche ent„weder nur Rechte an einer fremden Sache ausüben oder mit „schwächerem Rechte besitzen; allein dergleichen Vorschriften brau„chen nicht auf eine Unterscheidung zwischen natürlichem und „Civileigenthum gestützt zu werden.“

Es soll also hiernach Demjenigen, welcher nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, die Ersitzung nützen, wenn schon unter gewissen Beschränkungen. Von diesem besonderen Nutzen aber, den die Ersitzung des Eigenthums eines Grundstücks gewähren soll, und von seinen Beschränkungen finde ich nichts im Entwurfe. Oder soll damit der pleonastische zweite Satz des §. 279 gemeint seyn, in welchem das Recht auf Eintragung als ein Rechtstitel zur Erlangung des Eigenthums bezeichnet wird? Soll also hiernach die 30jährige Ersitzung eines Grundstücks einen Rechtstitel zur Erlangung des Eigenthums durch Eintrag (nur nicht gegen den Eingetragenen, §. 183) verschaffen und dies der Nutzen seyn, den die Ersitzung unter gewissen Beschränkungen gewährt? Aber kann man denn die Erlangung eines Rechtstitels, eines Anspruchs auf Eigenthum **ersitzen**? Ist eine Ersitzung eines solchen Rechts auch nur nach dem Entwurfe irgend möglich (er beschränkt die Ersitzung auf Eigenthum und Servituten)? sind hier die Requisite der Ersitzung denkbar, ein Besitz — eines Rechtstitels? Dadurch entstehen neue Widersprüche. Auch würde es bei diesem Sinne sich gar nicht rechtfertigen lassen, unter derselben Rubrik („Ersitzung des Eigenthums") ganz gleichmäßig von der Ersitzung beweglicher und der Ersitzung unbeweglicher Sachen zu sprechen, aber unter Ersterer wirklich Ersitzung des Eigenthums, unter Letzterer etwas ganz Anderes, die Ersitzung eines Rechtstitels, zu verstehen, wobei es nicht wohl begreiflich ist, wie dies Ersitzung des Eigenthums genannt werden soll. Mir scheint hier eine unauflösliche Vermengung der Begriffe vorzuliegen, die ich mir dadurch erkläre, daß der Entwurf, ohne es zu ahnen, in die von ihm aufgehobene Duplicität des Sächsischen Eigenthums zurückfiel und dadurch unwillkürlich, aber schlagend zeigt, wie diese Duplicität ihre guten (in den Motiven geläugneten) Gründe hat. Nur bei dieser Duplicität läßt sich neben dem ausschließlichen Grundsatze des Eigenthumserwerbs durch Eintrag (des bürgerlichen Eigenthums) noch ein Eigenthumserwerb (des natürlichen Eigenthums) durch Ersitzung beibehalten; das bestehende Recht ist hier in Begriffen und Principien harmonisch und rationell; der Entwurf aber hat sich durch Aufhebung der wesentlichen Prämisse unlöslich verwickelt.

Mit den Bestimmungen, welche der Entwurf §. 118 ff. über Begriff und über Erwerb und Verlust des Besitzes gibt (größten-

theils übereinstimmend mit dem Bestehenden), weiß ich nicht zu vereinigen, was er am Schlusse des §. 345 und in §. 2014 sagt; es liegt darin ein Widerspruch mit dem Besitzbegriffe, von dem der Entwurf mit Recht ausgeht, und eine fatale Alterirung desselben.

Nach §. 118 ist Besitzer einer Sache, wer sie in seinem Gewahrsam hat mit dem Willen, sie als die seinige zu behandeln. Dies ist ganz absolut ausgesprochen, ohne irgend die Möglichkeit einer Ausnahme anzudeuten, und auch die Motive deuten nicht im Entferntesten auf eine Ausnahme hin. Nach §. 122 wird der Besitz erworben „entweder dadurch, daß Jemand einseitig mit dem nach §. 118 erforderlichen Willen Inhaber wird, „oder durch Uebergabe und Uebernahme," und dies wird dann in den folgenden §§. näher ausgeführt. Hiernach faßt der Entwurf mit Recht den Besitz lediglich als ein factisches Gewaltverhältniß auf; es besteht nach ihm (wie nach dem geltenden Rechte) ein Besitz nur, wenn jenes Gewaltverhältniß mit dem animus domini wirklich vorhanden ist, er hört auf, sobald dieses Gewaltverhältniß aufhört (§. 155).

Wie ist aber damit zu vereinigen der Schlußsatz des §. 345? Dieser §. handelt von der Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken, wiederholt (freilich weder an geeignetem Orte noch in geeigneter Form s. S. 30) die Bestimmung des §. 279, daß dazu Eintragung in das Grundbuch nöthig sey, und fügt dann noch bei:

„Der Uebergabe des Besitzes bedarf es nicht noch nebenher „zur Uebertragung des Eigenthums. Der neue Eigenthümer „tritt durch die Eintragung in den rechtmäßigen Besitz."

Wie sollen diese letzten Worte sich vermitteln lassen mit dem Besitzbegriffe des Entwurfes und mit seinen Bestimmungen über Erwerbung und Verlust des Besitzes? Nach diesen Worten soll man lediglich durch den Act der Umschreibung Besitzer des Grundstücks werden, also auch, wenn man es noch gar nicht in die factische Gewalt bekommen hat, selbst wenn man es im Augenblicke nicht in die Gewalt bekommen kann, z. B. wenn es durch eine Ueberschwemmung u. dergl. unzugänglich geworden ist.

Wir würden auf diese Weise einen fingirten, von der factischen Herrschaft über die Sache ganz unabhängigen Besitz bekommen. Hat der Entwurf eine solche Alterirung seines Besitz-

begriffes wirklich gewollt? Oder sind jene Worte in einem anderen Sinne zu nehmen?

Die Motive zu §. 345 klären uns nicht darüber auf. Sie sagen (zu §. 345 u. 346) blos: „Bezüglich dieser §§. kann man „sich mit einer Verweisung auf §. 2 f. und §. 23 des Grund- u. „Hyp.-Gesetzes v. 6. Nov. 1843 begnügen, aus welchen jene ent„lehnt sind." — Auch hier scheint das Gesetz v. 1843, wie in dem S. 18 angef. Falle, Etwas vertreten zu sollen, was ihm in der That nicht zur Last fällt. Nach dieser Stelle der Motive muß der Leser glauben, auch die Stelle des §. 345, welche sagt, „der „neue Eigenthümer tritt durch die Eintragung in den rechtmäßigen „Besitz," sey aus dem Gesetze v. 1843 „entlehnt." Allein in diesem Gesetze finde ich kein Wort, welches Etwas dieser Art sagte; es sagt nur, „der Uebergabe des Besitzes bedarf es nicht noch „nebenher (d. h. neben der Eintragung) zur Uebertragung des „Eigenthums an Grundstücken"; aber es sagt nirgends, daß durch die Eintragung der Besitz von selbst übergehe und daß es auch zur Uebertragung des **Besitzes** der Uebertragung der Sache nicht bedürfe (allerdings drückt sich das Gesetz an anderen Stellen nicht gut aus; es verwechselt öfters Besitzer mit Eigenthümer, und so spricht es z. B. im §. 23 von „als neuer Besitzer im Grundbuche eingetragen werden", eine Bezeichnung, die auch der Entwurf an manchen Stellen, z. B. §. 2015 a. E., 2041 Abs. 2. mit Unrecht adoptirte; allein auch der §. 23 cit. sagt nichts davon, daß durch einen solchen Eintrag der Besitz erworben werde). Man kann daher durch eine Verweisung auf das Hypothekengesetz nicht jenen abnormen Satz, den es gar nicht enthält[9], rechtfertigen.

Wie ist nun aber jene Stelle des §. 345 zu erklären und mit den übrigen Bestimmungen des Entwurfes in Einklang zu bringen? Zunächst dachte ich, der Entwurf wolle blos bestimmen, daß wenn der veräußernde Eigenthümer zugleich Besitzer des Grundstücks sey, darin, daß er Denjenigen, an welchen er die Sache veräußern wolle, in das Grundbuch als Eigenthümer eintragen lasse, ein constitutum possessorium liegen solle. Allein dies kann nicht wohl der Sinn seyn, da ja das constitutum ein Fall der Uebergabe ist (§. 341), der §. 345 Absatz 2 aber von dem Falle spricht, wenn nicht übergeben worden ist. Auch ist §. 345 so allgemein

9) S. auch Heyne Commentar zum Hyp.-Ges. rc. Bd. I S. 46.

gefaßt, daß er sich auch auf Fälle bezieht, in welchen der eingetragene Eigenthümer nicht in der Lage ist, durch ein constitutum possessorium den Besitz der Sache auf den neuen Erwerber zu übertragen. Ich dachte deßhalb weiter, die Stelle könnte auf einer Idee beruhen, von welcher auch einige Röm. Juristen sich leiten ließen und durch die sie zu der Annahme einer possessio plurium ejusdem rei in solidum kamen. Der Entwurf sagt nämlich, der neue Eigenthümer trete durch die Eintragung in den rechtmäßigen Besitz. Sollte er also wohl davon ausgehen, daß, sobald der Erwerber im Grundbuche eingetragen ist, der bisherige Besitzer, sey es der alte Eigenthümer oder ein dritter Besitzer, zwar Besitzer bleibe, so lange er die Sache in seiner physischen Herrschaft habe, aber nun unrechtmäßiger Besitzer werde, und vom Eingetragenen zu fingiren sey, er besitze auch die Sache, aber auf rechtmäßige Weise, daß also Dieser ein justus possessor, Jener ein injustus possessor ejusdem rei sey? Eine solche Bestimmung wäre freilich in jeder Hinsicht zu mißbilligen, wie sie auch vom Römischen Rechte ganz entschieden verworfen wurde. Man kann aber auch nicht wohl annehmen, daß der Entwurf sie wollte; denn die Motive zu §. 119 erklären ausdrücklich, die Ausschließlichkeit des Besitzes mache es unmöglich, daß eine und dieselbe Sache von mehreren Personen zugleich ungetheilt besessen werde, nach der Fassung des §. 119 aber sey es überflüssig, es noch besonders zu bemerken. Hiernach ist auch diese Auslegung unzulässig.

Es bleibt daher (da der §. nicht von einem Besitztitel, sondern von wirklichem Erwerb des Besitzes spricht) nichts übrig, als anzunehmen, daß der Entwurf die zuerst berührte (S. 21) Anomalie und Alterirung seines Besitzbegriffes wirklich festsetzen und dadurch von den Grundsätzen, welche er im Abschnitte vom Besitze, und zwar in ganz absoluter Weise, aufstellt, wesentlich abweichen wollte[10]. Für diese Auslegung spricht auch der Umstand,

---

10) Nachdem ich den Anfang des Manuscripts schon in die Druckerei gegeben und der Druck bereits begonnen hatte, verdankte ich einer Zusendung, die mir am 10. April zukam, einen Nachtrag zum Entwurfe. Er besteht aus zwei Blättern, welche die Ueberschrift haben: „**Berichtigungen**, welche bei „dem Drucke des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs für „das Königreich Sachsen übersehen worden."

Diese Berichtigungen enthalten unter Anderem einige wesentliche Verbesse-

daß der Entwurf bei dieser Anomalie gar nicht stehen bleibt, sondern, und zwar hier auf unzweifelhafte Weise, in anderen §§. noch weitere Anomalien über Besitzerwerb und Alterirungen seines Besitzbegriffes festsetzt, von denen man freilich, wenn man das Kapitel über Besitz (§. 118—156) liest, keine Ahnung bekommt.

Es gehört hierher namentlich der §. 2014. Dieser sagt: „Der „Erbe überkommt den Besitz an den zur Erbschaft gehörigen Ge„genständen, soweit er nicht inzwischen auf andere Personen über„gegangen ist."

Bei dieser Stelle ist es unzweifelhaft, daß sie eine Anomalie über den Erwerb des Besitzes festsetzen will, eine Anomalie, die ebensosehr dem bestehenden Rechte, als dem Besitzbegriffe des Entwurfes widerspricht. Es kann nämlich der Sinn der Stelle doch wohl nur der seyn: durch den Antritt der Erbschaft, also lediglich durch die einfache Erklärung der Annahme der Erbschaft (§. 2005) erwirbt der Erbe nicht nur die Rechte des Erblassers, sondern auch den Besitz aller Sachen, welche der Erblasser besaß, soweit nicht inzwischen der Besitz auf andere Personen überging. Diese auffallende Bestimmung wird in den Motiven zu §. 2013 (S. 484, in den ständischen Exemplaren S. 932) durch die Bemerkung zu begründen versucht, daß es „folgerichtiger schien, von der auf

---

rungen des Inhaltes des Entwurfes. Leider aber konnte ich sie bei meinen Ausführungen auf den ersten drei Druckbogen im Texte nicht mehr berücksichtigen, da diese Bogen, als mir die Berichtigungen zukamen, schon unter den Händen des Setzers waren. Ich werde aber in Noten bemerken, inwieweit durch jene Berichtigungen ein von mir geäußertes Bedenken berührt oder gehoben wurde. Es ist dies in 3 Punkten (im zweiten und dritten Bogen) der Fall, von denen der eine gerade hierher gehört.

In den Berichtigungen heißt es nämlich: „Dagegen sind zu streichen —— „—— in §. 345 der letzte Satz: der neue Eigenthümer — Besitz."

Hiernach ist die Bestimmung, daß man durch die Eintragung in den Besitz des Grundstückes trete, sehr mit Recht zurückgenommen. Nur möchte das bloße Wegstreichen des bezeichneten Satzes nicht ganz genügen; denn nun, da in der Eintragung eine Besitzübertragung nicht liegen soll, verliert z. B. die Stellung der Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken unter der Rubrik der Eigenthumserwerbung durch Uebergabe vollends allen denkbaren oder scheinbaren Anknüpfungspunkt; ferner kann man nicht mehr beim Besitze von Grundstücken, wie es die Motive (zu §. 1099—1105) thun, von wirklicher oder körperlicher Uebergabe sprechen, weil damit an der angef. Stelle doch wohl nur der Gegensatz zu der Uebertragung des Besitzes durch Eintragung in das Grundbuch gemeint seyn kann (s. unten Abschn. III).

„specifisch Römischen Ansichten über den Erbschaftserwerb beruhen-„den Subtilität des seitherigen Rechts abzugehen, und auch in „Ansehung des Besitzes wie bei anderen Nachlaßobjecten die Re-„präsentation des Erblassers durch den Erben auszusprechen, was „auch dem älteren Sächsischen Rechte gemäß sey." Sollte aber nicht dieser Motivirung ein Mißverständniß, und zwar in mehr als einer Hinsicht, zu Grunde liegen? Daß ein Erbe durch die Erklärung, er wolle hiermit die Erbschaft annehmen, zwar die Rechte des Erblassers, nicht aber auch den Besitz, den Dieser hatte, erwirbt, — dies ist keineswegs eine Subtilität des seitherigen Rechts, vollends nicht eine Subtilität, die auf specifisch Römischen Ansichten über Erbschaftserwerb beruht. Mit dem Erbschaftserwerbe hat jener Grundsatz des bestehenden Rechts eigentlich gar nichts zu schaffen. Er beruht vielmehr rein auf der Natur der Sache, auf der factischen Natur des Besitzes, wie dies meines Wissens unsere Practiker wie Theoretiker durchaus anerkennen. Er beruht auf dem natürlichen und unläugbaren Satze, daß ein rein factischer Zustand, in welchem ein Dritter sich befindet, nur dadurch unser factischer Zustand werden kann, daß wir wirklich factisch in denselben kommen, wir ihn zu unsrem Zustande factisch machen, daß also, den Grundsatz auf den Besitz angewendet, die physische oder factische Gewalt, die der Erblasser über Sachen hatte, nur dadurch eine factische Gewalt des Erben werden kann, daß er sich wirklich in die factische Herrschaft über diese Sachen setzt, daß daher der Erbschaftsantritt ihm zwar ein Recht auf diesen factischen Zustand, aber nicht schon den factischen Zustand selbst verschaffen kann. Was aber die Berufung auf das „ältere Sächsische Recht" betrifft, mit welcher wohl der Sachsenspiegel III, 83 gemeint ist, so möchte hier Doppeltes entgegnet werden können. Eines Theils ist die Gewere, von welcher der Sachsenspiegel spricht und welche mit dem Anfalle der Erbschaft sofort von selbst auf den Erben übergehen soll, nicht das factische Verhältniß unsres Besitzes[11]; andererseits ist hier eine Berufung auf das alte Sachsenrecht als maaßgebende Auctorität überhaupt nicht recht zu begreifen; denn

---

11) Man vergleiche nur z. B. Albrecht und andere Germanisten, z. B. Eichhorn Deutsch. Privatr. §. 337 Note c: „Die Vortheile des Innehabens dürfen jedoch mit den Rechten der Gewere nicht verwechselt werden, und „jene gingen keineswegs ohne Besitzergreifung über."

der Entwurf verwirft ja gerade in dem wesentlichen Puncte, von dem jene Stelle spricht, die Bestimmung des alten Sachsenrechts und folgt in demselben ganz mit Recht dem längst in Sachsen geltenden Römischen Rechte, d. h. er verwirft den Grundsatz, daß der Todte den Lebendigen erbt, und läßt den Rechtserwerb des Erben erst eintreten durch den Antritt der Erbschaft. Noch weniger aber ist es zu begreifen, wenn die Motive eine Bestimmung des Entwurfes, welche mit dem Besitzbegriffe des Entwurfes und mit seinen Grundsätzen über Besitzerwerb gar nicht vereinbar ist, durch ihre Folgerichtigkeit zu rechtfertigen suchen.

Wir erhalten vielmehr durch den §. 2014 eine Anomalie, welche im Widerspruche ist mit der Natur der Sache, mit dem Rechte, wie es längst in Sachsen bestand, und mit den Grundsätzen, die der Entwurf selbst über Besitzerwerb im Abschnitte vom Besitze festsetzt.

Aber der Entwurf bleibt bei dieser Anomalie nicht stehen; eine noch bedeutendere und in ihren Folgen bedenklichere setzt der §. 342 fest, welcher von der Uebertragung des Besitzes beweglicher Sachen durch s. g. symbolische Uebergabe handelt. Bekanntlich war es vor Savigny's Zeit herrschende Ansicht, daß nach dem Besitzbegriffe eigentlich die wirkliche, unmittelbare Berührung der Sache zur Besitzerwerbung nöthig sey, und man suchte daher, da das Röm. Recht eine Besitzerwerbung auch ohne unmittelbare Berührung annimmt, Letzteres dadurch zu vermitteln, daß man annahm, es handle sich hier von einer Fiction und von einer Besitzerwerbung durch symbolische Handlungen; und da man dadurch einmal in die Annahme von Anomalieen gekommen war, so lag es nahe, es mit der Fiction und den Symbolen nicht eben streng zu halten, und durch symbolische Handlungen Besitzerwerbung auch in Fällen als möglich anzunehmen, in welchen Derjenige, welcher den Besitz erwerben will, noch gar nicht die unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit der unbeschränkten Einwirkung auf die Sache hat. — Wir können wohl in unsrer Zeit alles Dieses als überwundene Irrthümer bezeichnen, eines der vielen Verdienste des klassischen Werkes von Savigny über Besitz. Das Röm. Recht hält ganz consequent an seinem Besitzbegriffe fest, wenn es davon ausgeht, daß es zur Erwerbung des Besitzes genügt, wenn der Erwerbende in ein solches Verhältniß zur Sache sich gesetzt hat, vermöge dessen er unmittelbar die

Möglichkeit, unbeschränkt und mit Ausschluß Anderer auf die Sache einzuwirken und dadurch die wirkliche Herrschaft über die Sache erlangt hat; auch kennt es keinen Fall (wenn man nicht etwa einen beim Besitzerwerbe durch Bevollmächtigte dahin zählen will), in welchem ein Erwerb des Besitzes durch Uebergabe ohne die Verwirklichung jener Möglichkeit vorhanden seyn soll; es verwirft in dem einen, wie in dem anderen Sinne symbolische Besitzerwerbungen. Dagegen nimmt sie der Entwurf (vgl. die Motive in der folg. Note), und zwar in großer Ausdehnung, an. Er sagt in §. 342:

„Bei solchen beweglichen Sachen, welche nicht im Bereiche „des Uebergebenden und Uebernehmenden sind, wie Frachtgüter, „in der Ferne lagernde Hölzer oder Waaren, oder welche ihrer „Beschaffenheit wegen nicht sogleich von der Stelle gebracht „werden können, wie Waarenlager, Bibliotheken und andere „Gesammtsachen, kann ein deutliches Zeichen des Willens der „sofortigen Ueberlassung des Besitzes einer und der sofortigen „Ergreifung desselben anderer Seits die wirkliche Uebergabe „vertreten. Es kann ein solches Zeichen namentlich in einer „schriftlichen Anweisung, in der Einhändigung der wegen Ausantwortung der Sache nöthigen Urkunden, in der Beifügung „oder Aufdrückung deutlich erkennbarer Merkmale auf die Sache „bestehen."

Dieser §. handelt von zwei wesentlich verschiedenen Classen von Fällen, gerade von den zwei verschiedenen Classen, welche ich in dem vorhin über die früheren Irrthümer Gesagten andeutete, nämlich a) von einer (wie die Motive meinen) symbolischen Uebergabe solcher Sachen, bei denen die Parthieen gegenwärtig sind, und b) von der symbolischen Uebergabe solcher Sachen, welche „nicht im Bereiche" der Parthieen sind. Denn daß der Entwurf auch den unter a bezeichneten Fall für einen Fall symbolischer Uebergabe hält, beweist, im Zusammenhalt mit den Motiven, die letzte Zeile des §., indem die „Beifügung oder „Aufdrückung deutlich erkennbarer Merkmale auf die Sache" sich offenbar nicht auf Sachen beziehen kann, die nicht im Bereiche des Uebergebenden und des Uebernehmenden sind. Hiernach nimmt der Entwurf, was den Fall unter a betrifft, an, daß bei solchen Mobilien, „die nicht sogleich von der Stelle gebracht werden können," die Uebergabe geschehen könne

durch „Aufdrückung deutlich erkennbarer Merkmale auf die Sache", und nach den Motiven (Not. 12) soll dieses eine Anomalie, eine *symbolische* Uebergabe seyn. Diese letztere Annahme ist wohl ein Theil des alten, von der jetzigen Wissenschaft überwundenen Irrthums, von dem ich oben sprach, eines Irrthums, der von großer Bedeutung für die ganze Lehre vom Besitze ist, wenn man dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken gehörige Consequenz geben sollte. In jenem Falle beruht vielmehr die Besitzerwerbung gar nicht auf einer Anomalie; der Besitz wird in demselben *wirklich* und auf einem ganz dem Besitzbegriffe entsprechenden Wege, ohne alle Fiction, erworben.

Was aber den anderen Fall (unter b) betrifft: so soll man hiernach Besitz erwerben können ohne in die unmittelbare Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache gesetzt zu seyn. In dieser Bestimmung — welche noch dazu im §. 345 Abs. 1 auch auf *Grundstücke* ausgedehnt wird — liegt eine solche Abweichung von allem Dem, was der Entwurf im Abschnitte vom Besitze über dessen Begriff und Erwerb festsetzt, daß man dadurch in diesem wichtigen Verhältnisse alle Consequenz verliert.[12] Wie aber eine *Anomalie* ein abschüssiger Boden ist, der leicht zu weiteren Anomalieen führt, so scheint es auch hier der Fall gewesen zu seyn. Der §. 347 bestimmt: „wenn

12) Die Motive zu §. 342 sagen zur Rechtfertigung des §. 342 Folgendes: „Neben der wirklichen Uebergabe hat man in den Rechten (?) auch noch „symbolische Arten derselben erfunden, um (?) in den Fällen ein Auskunfts„mittel zu haben, wo die Parteien die sofortige Entstehung der Dinglichkeit des „Rechts beabsichtigen, eine alsbaldige körperliche Uebergabe aber nicht thunlich „ist. Da die spätere Ausdehnung ihres Gebrauchs über Fälle des wirklichen „Bedürfnisses hinaus oft dazu gemißbraucht worden ist, die persönlichen Rechte „Anderer zu hinterziehen, und da diese Art der Uebergabe nur in äußerlichen „Zeichen der Willensmeinung bestehen kann, ohne das nöthige factische Ver„hältniß der Parteien zur Sache hervorzubringen, dieselbe mithin offenbar „anomaler Natur ist, so hat man auch im §. 342 den Gebrauch derselben in die „Grenzen des *Bedürfnisses* zurückgewiesen, und überdies noch dadurch, daß „man im §. 347 in dem dort angegebenen Falle der wirklichen Besitzergreifung „den Vorzug vor der symbolischen eingeräumt hat, eine Benachtheiligung dritter „Personen möglichst zu verhüten gesucht." Von dem Letzteren wird gleich im Texte die Rede seyn. Die Erfindung „in den Rechten" fällt wenigstens dem Römischen und dem in *Sachsen* bestehenden Rechte nicht zur Last, und was das *Bedürfniß* solcher Bestimmungen, welche von den Motiven selbst als ganz anomal anerkannt werden, betrifft, so scheint weder im Röm. Staate, noch meines Wissens auch in *Sachsen* sich bis jetzt ein solches Bedürfniß durch die Erfahrungen des Lebens herausgestellt zu haben.

„ein Eigenthümer dieselbe bewegliche Sache an verschiedene Per-„sonen, an die eine mit, an die andere ohne Uebergabe veräußert „hat, so gebührt sie Derjenigen, welcher sie zuerst übergeben „worden ist" (d. h. diese erwirbt das Eigenthum an der Sache und die erstere hat blos ein persönliches Recht an den Veräußerer). „Wenn jedoch," fährt der §. fort, „eine Person, deren Handlung „der Eigenthümer vertreten muß oder anzuerkennen hat, den Be-„sitz der Sache einem Anderen bereits eingeräumt hat, bevor er „von der in der §. 342 nachgelassenen Art bewirkten Uebergabe „Seiten des Eigenthümers Kenntniß erlangte, so steht letztere „jener Einräumung des Besitzes nach." Wir bekommen durch diese Bestimmung, wenn ich sie richtig aufgefaßt habe, eine neue große Anomalie, nämlich für Erwerb und Verlust des Eigenthums; es kann nach ihr Derjenige, welcher das Eigenthum einer Sache von dem Eigenthümer gehörig erworben hat, dieses wohlerworbene Eigenthum wieder verlieren durch eine spätere, gegenüber von ihm einseitige Handlung eines Dritten. Wenn z. B. Jemand „in der Ferne lagernde Hölzer" (§. 342) im Eigenthum hat und an jenem entfernten Orte zum Verkaufe derselben einen Anderen ermächtigte, natürlich ohne das Recht des Selbstverkaufs aufzugeben, und es meldet sich bei ihm (dem Eigenthümer) nun heute Vormittag ein Käufer, mit dem er einig wird und dem er, um den Vertrag sofort zu vollziehen und nach §. 342 ihm den Besitz der Hölzer zu übertragen, eine schriftliche Anweisung auf dieselben gibt: so hat nun dieser Käufer nach §. 342 und §. 338 nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigenthum der Hölzer gehörig erworben. Wenn nun aber der Käufer, sey es auch schon am Nachmittage, an den Ort kommt, wo die Hölzer liegen, um sie wirklich in Empfang zu nehmen, aber hier erfährt, daß kurz vor seiner Ankunft vom Bevollmächtigten des Verkäufers die Hölzer an einen Anderen verkauft und sofort übergeben wurden: so sieht er sich getäuscht und um das Recht, das er vor dem Anderen erworben hatte, gebracht; er verliert sein wohlerworbenes Eigenthum; denn nach § 347 ist es durch die Handlung des Bevollmächtigten auf den zweiten Käufer inzwischen übergegangen. — Eine solche Bestimmung, welche dem bestehenden Rechte etwas völlig Unbekanntes ist, läßt sich doch gewiß nicht rechtfertigen, und gerade am wenigsten rechtfertigen durch das Bedürfniß des Verkehrs, der eben durch

dieselbe in Verbindung mit den Bestimmungen des §. 342 auf eine unsichere Basis kommt.

Nach dem Ausgeführten ist es unzweifelhaft, daß der Entwurf wenigstens in zwei weitgreifenden Richtungen bedeutende Anomalieen für den Erwerb des Besitzes festsetzen wollte (§. 2014, 342), und so werden wir — um wieder auf §. 345 zurückzukommen — annehmen müssen, daß der letzte Satz dieses §. wirklich die S. 21 vermuthete dritte Anomalie enthalten soll.[13] — Ueberdieß würde sich noch Manches gegen die Fassung des §. 345 und gegen seine ganze Stellung einwenden lassen, und ich will hier nur des Zusammenhanges wegen noch Folgendes berühren. Der §. 345 steht in einem Abschnitte, welcher die Ueberschrift hat: „Erwerbung des Eigenthums durch „Uebergabe," während der §. selbst sagt, daß es bei Grundstücken zu diesem Zwecke der Uebergabe des Besitzes nicht bedürfe, vielmehr die Uebergabe etwas völlig Indifferentes sey und lediglich durch Eintragung in das Grundbuch das Eigenthum erworben werde! Auch ist der §. 338 viel zu weit gefaßt und mit dieser Fassung der §. 345 nicht in Einklang zu bringen. Man lese nur einmal beide Paragraphen gleich nach einander; der §. 338 sagt ganz allgemein und absolut: „Zur Uebertragung „des Eigenthums von einem bisherigen auf einen neuen Eigenthümer wird ein dazu geeigneter Titel und Uebergabe der „Sache erfordert," und dann heißt es in demselben Abschnitte in §. 345: „Die Uebergabe einer unbeweglichen Sache... bewirkt „nicht den Uebergang des Eigenthums daran. Hierzu ist Eintragung in das Grundbuch nöthig. Der Uebergabe des Besitzes bedarf es nicht noch nebenher zur Uebertragung „des Eigenthums," und dieser §. hat noch die specielle Rubrik: „Uebergabe unbeweglicher Sachen." Wollte etwa der Entwurf unterscheiden zwischen Uebergabe einer Sache (erster Absatz des §.) und Uebergabe des Besitzes (zweiter Absatz des §.)? Dies kann doch unmöglich angenommen werden. Sollten die berührten Widersprüche vermieden werden, so durfte der §. 338 nicht absolut gefaßt, sondern er mußte auf bewegliche Sachen beschränkt werden; der §. 345 aber mußte, jedoch in ganz anderer Fassung, mit den übrigen zu ihm gehörigen §§. in einen besonderen Ab-

---

13) Vergl. nun die Note oben S. 24.

schnitt „Von der Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken" oder „Von der Erwerbung des Eigenthums durch Eintragung in das Grund- und Hyp.-Buch" gestellt werden, und Dasjenige, was die §§. des oben angef. Abschnitts lediglich über Besitzerwerb bestimmen, also die §§. 340—342, gehörte in den Abschnitt vom Besitze.[14]

In einem unvereinbaren Widerspruche mit dem Besitzbegriffe des Entwurfes ist auch noch der §. 161, dessen Sinn überdies nicht leicht zu finden ist, wenn man nicht die Motive vergleicht, die aber auch wieder zu Zweifeln Veranlassung geben. Der §. handelt „Von der Erwerbung des Rechtsbesitzes im Allge- „meinen", und sagt: „Wenn Rechte mit dem Besitze einer Sache „verbunden sind, so gehen sie mit der Sache selbst in des Anderen „Besitz über." Hier entsteht zunächst die Frage, welche Rechte hier gemeint sind, welche Rechte in die Kategorie der Rechte gehören, die „mit dem **Besitze** einer Sache verbunden" und Gegenstand des Rechtsbesitzes sind. Nach der Definition, welche der §. 505 von einer Grunddienstbarkeit gibt, muß man hier unter Anderem an Grunddienstbarkeiten denken; denn der §. 505 sagt: „Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines „bestimmten Grundstückes zur vortheilhafteren oder bequemeren „Benutzung desselben verknüpft, so entsteht eine Grunddienstbar- „keit." Diese Definition ist freilich nicht zu billigen und würde, wenn man sie consequent anwenden wollte, zu ganz unrichtigen Folgerungen führen, welche wohl auch nicht im Sinne des Entwurfes liegen. Bei einer Grunddienstbarkeit wird das Recht der Dienstbarkeit nicht mit dem **Besitze** eines Grundstückes verknüpft; denn dieses hieße ja soviel, daß der jeweilige Besitzer des herrschenden Grundstückes, möge er Eigenthümer des Grundstückes seyn oder nicht, der wahre Berechtigte sey, daß er also auch nach Belieben über die Dienstbarkeit gültig verfügen, somit nach §. 525 sie durch Erlaß aufheben könne. Dies will doch wohl

14) Die Motive zu §. 124. sagen: „Das Nähere in Betreff der Uebergabe „habe man schon deßhalb in die Abtheilung über Eigenthum verwiesen, weil „mit der Uebergabe die Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch zusam- „menhängt, diese aber erst in jener späteren Abth. ihre Stelle finden kann." Allein, von Anderem abgesehen, hängen denn die §§. 340—342, welche blos von beweglichen Sachen handeln, mit dem Eintrage in das Grundbuch zusammen?

der Entwurf nicht festsetzen. Aber dann durfte er das Recht der Dienstbarkeit nicht an den Besitz der Sache knüpfen.[15] Interpretirt man aber nun den §. **161** aus dem §. **505**, d. h. geht man davon aus, daß der Entwurf im §. 161 unter Rechten, die mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, nicht etwas Anderes versteht, als was er im §. 505 unter solchen Rechten versteht, so würde man durch §. **161** den Satz bekommen: den Besitz einer Realservitut erwirbt man dadurch, daß man den **Besitz** der herrschenden Sache erwirbt. — Dies würde aber zu neuen, nicht zu rechtfertigenden Anomalieen führen; denn durch den Erwerb des Besitzes der herrschenden Sache kommt man ja in vielen Fällen nicht von selbst auch in die factische Ausübung des Dienstbarkeitsrechts; es kann sogar der Fall seyn, daß der die Sache Uebergebende selbst nicht einmal im Besitze der Dienstbarkeit war, obwohl das Recht der Dienstbarkeit ihm zustand.

Aber auf eine ganz andere Beziehung des §. **161**, als die eben angegebene, aus dem Entwurfe selbst[16] sich ergebende, führen die Motive zu §. **161**. Sie sagen nämlich: „Wenn das Recht „mit dem Besitze einer Sache verbunden ist, so gehört eines Theils „der Besitz einer Sache nothwendig zur Rechtsausübung, wie „bei persönlichen Dienstbarkeiten, anderen Theils muß aber „auch die Erlangung des Sachenbesitzes nach §. **161** genügen, da „er auch ausreichen würde, wenn der Besitzer das umfassendere „Recht des Eigenthums ausüben wollte." Die Motive beziehen also den §. **161** auf persönliche Dienstbarkeiten, z. B. auf den Nießbrauch. Allein kann man denn einen Nießbrauch u. dgl. ein Recht nennen, das „mit dem Besitze einer Sache

15) In den S. 23 angef. Berichtigungen wird nun der §. 505 berichtigt, indem sie sagen, es sey statt „mit d. Besitze eines bestimmten Grundstücks . . verknüpft" zu lesen: „mit einem bestimmten Grundstücke verbunden". Hiernach weichen die Berichtigungen nun mit Recht von dem Oesterr. G.-B. ab, aus welchem der §. 505 wörtlich genommen ist. Allein durch jene Berichtigung wird Das nicht gehoben, was ich im folgenden Absatze sage; anderntheils ist sie auch hier wieder nicht ausreichend. Denn der §. 505 fährt nach der S. 31 angef. Stelle fort: „Diese (die Grunddienstbarkeit) setzt zwei Grundbesitzer voraus" u. s. w. — Eine Realservitut setzt zwei Grundstücke voraus, aber keineswegs zwei Grundbesitzer, nicht einmal zwei Grundeigenthümer. Oder soll eine Realservitut zu existiren aufhören, wenn die dienende Sache keinen Besitzer oder keinen Eigenthümer hat?

16) In seiner ursprünglichen Gestalt; s. die vorige Note.

verbunden“ ist? Unter einem mit dem Besitze einer Sache verbundenen Rechte versteht man nur und kann man nur verstehen ein jus possessionis, ein Recht, das dem Besitzer als solchem zukommt; zu diesen Rechten aber gehören ja nicht die Servituten. Allerdings kann die Erwerbung einer Servitut durch Erlangung des Besitzes vermittelt werden und nach §. 508 ist diese Vermittlung in manchen Fällen, namentlich beim Nießbrauche, sogar ein Erforderniß des Erwerbs des Dienstbarkeitsrechts. Aber auch in solchen Fällen kann man das Recht nicht bezeichnen als „ein mit dem Besitze der Sache verbundenes“, theils weil es nicht dem Besitzer als Solchem zukommt (kann man z. B. das Eigenthum an Fahrniß ein mit dem Besitze der Sache verbundenes Recht nennen?), theils weil ja in jenen Fällen der Erwerb der Dienstbarkeit nicht durch den Besitz der Sache (sondern durch den Besitz des Dienstbarkeitsrechts) vermittelt wird. Der Entwurf trennt mit Recht im §. 118 f. scharf den „Besitz“ der Sache von dem bloßen „Innehaben“ derselben. Bezeichnet aber der §. 161 durch „Rechte, die mit dem Besitze der Sache verbunden sind“, solche Rechte, zu deren Erwerb nicht der Besitz, sondern blos das Innehaben der Sache erfordert wird: so fällt er ganz aus seiner eigenen Terminologie und wird noch dazu völlig unverständlich, um so mehr, als gerade der §, welcher von der Bedingung des Erwerbes dieser Rechte spricht (§. 508), diese Bedingung nicht durch Besitz, sondern durch „Innehaben der dienenden Sache“ bezeichnet.

Auf ähnliche Schwierigkeiten in einer anderen Richtung führt der §. 522. Er handelt von der negatoria actio, und sagt: „Gegen den, welcher sich widerrechtlich einer Dienstbar„keit anmaaßt oder die Grenzen derselben überschreitet, „kann der Eigenthümer der Sache die Freiheit derselben gericht„lich verfolgen und es genügt hierzu, außer dem Nachweise der „Störung, der Beweis des rechtmäßigen Besitzes, dafern „nicht der Andere behauptet, selbst Eigenthümer zu seyn. „Dießfalls treten die Bestimmungen über den Beweis des Eigen„thums ein.“ Ich gestehe, daß ich über den vollständigen Sinn des § nicht sicher bin, und mir der Schluß der ersten Periode einen unauflösbaren Widerspruch mit ihrem Anfange zu enthalten scheint. Mit Recht gibt der § die negatoria actio dem Eigenthümer der angeblich belasteten Sache, ferner die Publiciana negatoria actio dem rechtmäßigen Besitzer derselben;

nur ist dabei nicht zu billigen, daß er diese beiden Klagen (denen er keine Namen gibt) in gleicher Weise, wie es bei der rei vindicatio und Publiciana actio geschieht (davon später), ganz amalgamirt, und, weder juristisch scharf noch richtig, deßhalb von einem zur (amalgamirten) Klage berechtigten **Eigenthümer** der Sache spricht, welcher nach Umständen blos sich als rechtmäßiger Besitzer auszuweisen habe. — Aber, hiervon ganz abgesehen, wie ist die Einrede zu verstehen, deren der Entwurf am Schlusse erwähnt? Welcher Fall ist hier wohl gemeint? Nach diesem Schlusse soll nämlich, wenn der mit der negatoria actio auftretende Eigenthümer nicht sein Eigenthum, sondern blos seinen rechtmäßigen Besitz beweist, dies in dem Falle nicht genügen, wenn der Beklagte behauptet, selbst Eigenthümer zu seyn. Von was Eigenthümer zu seyn? möchte man hier fragen; von der angeblich dienenden Sache? Dies ist doch wohl der Sinn des Entwurfes. Aber dann ist der §. in einer Weise gefaßt, durch welche er in einen auffallenden Widerspruch mit sich selbst kommt. Denn wer behauptet, Eigenthümer der dienenden Sache zu seyn, den kann man gar nicht so bezeichnen, wie der Anfang des §. den Beklagten, von dem hier die Rede seyn soll, bezeichnet. Es handelt sich hier ja, wie der Anfang des §. sagt, von einer Klage gegen Den, der sich einer Dienstbarkeit an der Sache anmaaßt oder gar die Grenzen einer ihm zustehenden Dienstbarkeit überschreitet. Wer aber behauptet, Eigenthümer der Sache zu seyn, dessen Handlung kann nicht unter die Kategorie der Anmaaßung einer Dienstbarkeit an dieser Sache oder der Ueberschreitung einer solchen fallen. Hätte man daher die Schlußworte in diesem Sinne zu nehmen, so würde der Widerspruch zwischen dem Anfange und dem Schlusse der Periode ein unvereinbarer seyn. Wollte der Entwurf durch die von ihm erwähnte Einrede wirklich die s. g. Contravindication bei der negatoria actio bezeichnen: so mußte der §. völlig anders gefaßt werden./ Er mußte dann zwei wesentlich verschiedene Fälle unterscheiden und trennen, nämlich a. den Fall, wenn der Beklagte sich wirklich einer Servitut anmaaßt (nicht blos der Kläger es meint, sondern der Beklagte wirklich behauptet, daß er eine Servitut ausübe) oder er die Grenzen einer ihm zustehenden Servitut überschreitet; dies ist der Fall, von dem der Entwurf spricht (s. den Anfang des §. 522); aber in

diesem Falle kann von einer Contravindication, von einer Einrede des Eigenthums, gar nicht die Rede seyn; b. den Fall, wenn der Kläger zwar meint und behauptet, der Beklagte wolle sich einer Servitut anmaaßen, aber der Beklagte erklärt, daß dies nicht der Fall sey, daß er vielmehr die ihm vorgeworfenen Handlungen als Eigenthümer der Sache vorgenommen habe, also nicht eine Servitut, sondern das Eigenthum in Anspruch nehme. — Diese Fälle bringt der Entwurf ganz unter einander. Er beginnt mit dem ersteren Falle, sagt, daß in ihm zunächst der Beweis des rechtmäßigen Besitzes genüge (spricht also zunächst von der Publiciana negatoria actio), und nun kommt er auf die mögliche Einrede des Beklagten und bei dieser — fällt er dann in den zweiten Fall (Lit. b.)! Wie kann aber im ersten Falle, wie ihn der Entwurf setzt — im Prozesse gegen Denjenigen, der sich wirklich einer Servitut anmaaßt — der zweite Fall irgend als Einrede vorkommen? Die geignete Einrede gegen die Publiciana negatoria actio, welche der Entwurf hätte aussprechen und anerkennen sollen, wäre im ersten Falle, von dem er ausgeht (wenn die Klage gegen Den angestellt wird, der sich einer Dienstbarkeit anmaaßt oder ihre Grenzen überschreitet), die, wenn der Letztere behauptet, rechtmäßiger Besitzer der Dienstbarkeit zu seyn. Dann würden die Bestimmungen über den Beweis des Eigenthums mit Recht eintreten, d. h. der Kläger gegen den rechtmäßigen Besitzer der Servitut mit der negatoria actio nur dann durchdringen können, wenn er sein (wirkliches) Eigenthum an der Sache beweist.

Aehnliche Anstände bieten auch die §§. 104—108 über die Zeitrechnung dar. Bekanntlich ist die Lehre von der Zeitberechnung nach dem bestehenden Rechte eine in vielen Beziehungen bestrittene und schwierige. Die Schwierigkeiten liegen aber hier nicht in der Sache, sondern in der mangelhaften Weise, wie unsere Quellen, namentlich die Rechtsbücher Justinian's, sich über diesen Gegenstand äußern. In wenigen §§. könnte alles Hierhergehörige auf einfache, keiner Mißdeutung ausgesetzte Weise bestimmt werden. Dies scheint mir aber der Entwurf nicht zu thun, namentlich scheint er auch hier mit sich selbst in einen nicht zu lösenden Widerspruch durch seine Bestimmung im §. 107 und 108 zu gerathen. Doch will ich vorerst die §§. 104 u. 105 kurz berühren, indem auch diese einige Bedenken darbieten.

Der §. 104 sagt: „Nach dem Gesetze wird der Tag zu „24 Stunden, von Mitternacht zu Mitternacht, Monat und „Jahr nach dem Kalender gerechnet." — Die letztere Bestimmung ist eine ganz zweckmäßige; sie setzt auf eine sichere und geeignete Weise fest, wie der bewegliche Monat (s. g. Zeitmonat) und das bewegliche Jahr (s. g. Zeitjahr) gerechnet werden soll; was ein Kalendermonat und ein Kalenderjahr ist, übergeht der § mit Recht, denn dieses versteht sich von selbst und braucht ein Gesetz nicht zu sagen. Wenn nun aber der Entwurf in einer Position von Tag, Monat und Jahr spricht, und bei den beiden Letzteren blos die bewegliche Zeit meint, so sollte man doch glauben, er wolle auch beim Tage von der beweglichen Zeit sprechen. Aber bei diesem spricht er von etwas ganz Anderem, von dem unbeweglichen, vom Kalendertage; denn er sagt, der Tag sey eine Zeit von Mitternacht zu Mitternacht. So sollte doch wohl ein Gesetz nicht gefaßt seyn. Und dann welche Bedeutung soll diese Bestimmung über den Tag haben? Soll der § sich blos auf Zeiträume beziehen, die das Gesetz festsetzt: so enthält er die ganz zweckmäßige Bestimmung, daß stets nach ganzen Tagen und zwar nach Kalendertagen, nicht nach Zeittagen zu rechnen sey. Aber die betreffenden §§ wollen ja nicht blos für gesetzliche Zeiträume, sondern auch für die von den Parthieen ausgehenden umfassende Bestimmungen geben, wie namentlich die §§. 105 f. beweisen, und sie müssen dies wollen, wenn sie Dem, was in dieser Hinsicht ein Gesetzbuch zu leisten hat, genügen sollen. Wie ist es nun aber zu halten, wenn ich dem A heute Mittag um 12 Uhr ein Versprechen dahin mache, daß ich von jetzt an binnen drei Tagen ihm Etwas leisten werde? Wann ist dieser Termin abgelaufen? Jeder wird wohl die Antwort geben: er ist abgelaufen mit der zwölften Stunde des dritten Tages, weil hier offenbar der Sinn meines Versprechens auf eine bewegliche Zeit (auf Zeittage, nicht auf Kalendertage) ging. Allein nach dem Entwurfe §. 104 soll ja ein Tag stets nur von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet werden. Bezieht man dies auf vertragsmäßige Fristen der angegebenen Art: so bekommt man eine ganz unnatürliche, der Absicht der Parteien widersprechende Entscheidung. Oder soll diese Bestimmung nicht auf die vertragsmäßigen Fristen zu beziehen seyn, während doch die der folgenden §§ darauf zu beziehen sind?

Der §. 105 sagt: „Wenn eine nach Jahren bestimmte Frist „den 29. Februar anfängt und das Ende derselben nicht in ein „Schaltjahr fällt, so endigt dieselbe den 28. Februar. Gleicher- „gestalt tritt, wenn bei einer nach Wochen oder Monaten oder „einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume bestimmten Frist „der durch seine Benennung oder Zahl entsprechende Tag in dem „Zahlungsmonate fehlt, die Verfallzeit am letzten Tage des Zah- „lungsmonats ein."

Der erste Absatz bestimmt ganz Zweckmäßiges; aber der zweite ist völlig unverständlich. Was soll es denn heißen, wenn bei einer nach Wochen bestimmten Frist der durch seine Benennung oder Zahl entsprechende Tag in dem Zahlungsmonate fehlt, so trete die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungsmonats ein? Die Motive sagen, beim §. 105 und 106 habe man zugleich die Bestimmung der Deutschen Wechselordnung vor Augen gehabt. Dies war gewiß gut und sehr zu billigen. Nur hätte es genauer geschehen sollen. Die Deutsche Wechselordnung drückt sich nämlich so aus: „Die Verfallzeit tritt, wenn die Frist „nach Wochen, Monaten oder einem mehrere Monate umfassen- „den Zeitraume bestimmt ist, an demjenigen Tage der Zahlungs- „woche oder des Zahlungsmonats ein, der durch seine „Benennung oder Zahl dem Tage der Ausstellung oder „Präsentation entspricht; fehlt dieser Tag im Zahlungs- „monate, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Zahlungs- „monates ein." Das letztere bezieht also die Wechselordnung blos auf Monatsfristen, während die Fassung des Entwurfs ihm auch die ganz unmögliche Beziehung auf Wochenfristen gibt. —

Die §§. 107 u. 108 sagen: §. 107 „Ein Recht, dessen Er- „werbung an einen gewissen Tag gebunden ist, wird mit dem „Anfange des Tags erworben." §. 108: „Gestattet das Ge- „setz Jemandem, etwas binnen einer bestimmten Frist zu thun, so „kommt ihm der letzte Augenblick derselben zu Statten. Ist „die Zeit für eine wiederkehrende Leistung nach Fristen, wie „wöchentlich, monatlich, jährlich bestimmt, so tritt die Verfallzeit „mit dem Ablaufe dieser Frist ein."

Die Motive sagen zu diesen Paragraphen blos: sie „beruhen „in der Natur der Sache; dabei ist noch §. 187 zu vergleichen." Aber eben diesen §. 187 weiß ich nicht zu vereinigen mit dem angef. §. 107. Der §. 187 sagt: „Die Verjährungszeit ist mit

„dem Ablaufe des letzten Tages der bestimmten Zeit vollendet", nach §. 107 aber wird ein Recht, dessen Erwerb an einen gewissen Tag gebunden ist, mit dem Anfange des Tages erworben. Soll der §. 107 sich nicht auch auf die Erwerbung des Eigenthums und einer Servitut durch Ersitzung (die ja stets an einem gewissen Tage abläuft) beziehen, diese also eine Ausnahme von ihm machen? oder ist unter dem gewissen Tage des §. 107 etwas Anderes zu verstehen? Fordert aber nicht jedenfalls die Consequenz des Grundsatzes des §. 107, daß man auch die Erwerbung eines Rechts durch Ersitzung mit dem Anfange des letzten Tages eintreten läßt? Außerdem entsteht auch noch die Frage, was ist denn der „letzte Tag" des §. 187, ferner was ist der „letzte Augenblick" der Frist des §. 108, ferner der Endpunct des dort erwähnten Ablaufs der Frist? Bekanntlich drücken auch einige Stellen in Justinian's Rechtsbüchern sich so ungenau aus und sprechen vom dies novissimus, der ganz abgelaufen seyn müsse, wenn eine gewisse Wirkung eingetreten seyn soll, und es ist deßhalb sehr viel Streit darüber, welchen Tag denn dieser dies novissimus bedeute. Damit, daß ein Gesetz, wie es der §. 187 thut, sagt, der letzte Tag müsse abgelaufen seyn, erhält man noch gar keine Entscheidung über jene Frage. Man nehme den Fall: Es handelt sich von einer Verjährung von 30 Tagen; das Ereigniß, das den Anfang der Verjährung bestimmt, fiel in den Lauf des 1. März. Was wäre damit gesagt, wenn ich hier sagen würde: mit dem Ablaufe des letzten Tages ist die Verjährung vollendet? Was ist denn hier der letzte, der 30ste Tag? Rechnet man die Zeit von dem Anfange des Tages, in welchen jenes Ereigniß fiel (und dies ist wohl die Römische Rechnungsweise): so ist der letzte Tag der dreißigste März, mit dessen Ablauf die Verjährung nach §. 187 vollendet wäre; rechnet man aber die Zeit von dem Schlusse des Tages, in welchen jenes Ereigniß fiel, also von der Mitternacht zwischen dem 1. u. 2. März (und dies ist die Deutsche Rechnungsweise), so ist der letzte Tag, der ganz abgelaufen seyn muß, der ein und dreißigste März. Also, wie gesagt, mit der Bestimmung, daß der letzte Tag abgelaufen seyn müsse, bleibt eine Seite der Hauptfrage ganz unbestimmt und im Zweifel. Allerdings sieht man aus den Motiven zu §. 187, daß vom Ende des Tages an, in welchen das Ereigniß fällt, die Rechnung zu machen sey; allein dieser Hauptpunct durfte

nicht blos in den Motiven, sondern mußte im Gesetze gesagt werden, wie dies z. B. sehr mit Recht die Deutsche Wechselordnung §. 32 Nr. 1 und auch in einem speciellen Falle der Entwurf selbst in §. 660 und 886 thut.

Zu den §§., welche schwer aufzulösen und mit anderen nicht wohl in völlige Harmonie zu bringen sind, gehört auch der §. 37. Er enthält zunächst eine meines Erachtens sehr richtige und anzuerkennende Bestimmung über den Fall, wenn, nachdem ein Verschollener für todt erklärt worden ist, der Beweis geführt wird, daß er früher oder später gestorben oder noch am Leben sey; in einem solchen Falle ist, sagt der §., „Derjenige, welcher auf „Grund der Todeserklärung Rechte erlangt hat, wie ein redlicher Besitzer zu behandeln." Dieser (von dem in Sachsen dermalen geltenden Rechte abweichenden, jedoch sehr sich rechtfertigenden) Bestimmung fügt aber der Entwurf noch die Worte bei: „Demnach bleiben alle Geschäfte gültig, welche er in Ansehung „jener Rechte unternommen hat." Mit diesem „Demnach" sagt also der §.: weil Derjenige, welcher in Folge der Todeserklärung Rechte erlangt hatte, wie ein redlicher Besitzer zu behandeln ist, deßhalb bleiben alle von ihm in Ansehung dieser Rechte unternommene Geschäfte gültig (d. h. doch wohl in der Art gültig, daß der wahre Berechtigte, also wenn z. B. über eine Sache verfügt wurde, der Eigenthümer sie anzuerkennen hat). Darin würde aber ja der Grundsatz liegen, daß alle Verfügungen, die ein redlicher Besitzer über die Sache trifft, stets vom Eigenthümer anzuerkennen seyen. An einen solchen Grundsatz konnte aber doch wohl der Entwurf nicht denken.[17] Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung des §. 367, welcher sagt: „Wenn eine Sache an den Eigenthümer herausgegeben werden „muß, so erlöschen alle von dem Besitzer darauf eingeräumte Rechte." Freilich drückt sich dieser §. in einer gewiß nicht zu billigenden Weise aus; denn, wenn der Besitzer die Sache

17) Natürlich kann man hierher nicht beziehen den §. 144, nach welchem „ein redlicher Besitzer die Sache ohne Verantwortung benutzen, veräußern, verbrauchen oder vertilgen kann"; denn diese ganz richtige Bestimmung bezieht sich blos auf die Frage der Verantwortlichkeit des Besitzers gegen den Eigenthümer, aber nicht auf die Frage, ob der Eigenthümer die Rechtsgeschäfte, die der Besitzer mit Dritten über die Sache schloß, als gültig anzuerkennen habe.

an den Eigenthümer[18] herausgeben muß: so ist ja dadurch rechtskräftig ausgesprochen, daß der Besitzer gar nicht Eigenthümer war, also auch gar nicht gültige Rechte an der Sache einräumen konnte; es erlöschen also solche Rechte nicht erst durch die Vindication, sondern sie existirten gar nicht als Rechte an der Sache (soweit nicht das Grundbuch eine Ausnahme macht). Jedenfalls aber ist der §. 367 nicht zu vereinigen mit §. 37, welcher sagt, daß die Behandlung als redlicher Besitzer zur Folge habe, daß alle Geschäfte gültig bleiben, welche dieser Besitzer unternommen habe.[19]

Die wahre Erklärung des §. 37 und seine nothwendige Beschränkung wird man wohl im §. 2004 (theilweise auch im §. 2016) zu suchen haben. Allein der §. 2004 spricht blos von Demjenigen, der auf den Titel eines gesetzlichen Erbrechts Etwas besitzt, der §. 2016 Absatz 1 von Dem, welcher redlicher Besitzer einer Erbschaft überhaupt ist, und so müßte jedenfalls der §. 37, wenn er durch seine Schlußworte nicht in einen unvereinbaren Widerspruch mit der Natur der Sache und mit anderen Bestimmungen des Entwurfes kommen soll, entweder anders gefaßt werden — wobei aber dann noch die Frage entstehen würde, wie es denn bei Dem gehalten werden soll, der in Folge der Todeserklärung titulo singulari Rechte erlangte[20] — oder müßte er der Quelle, aus welcher er schöpfte, nicht blos zum Theile folgen. Die Hauptbestimmung des §. 37 ist nämlich aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche §. 278 genommen; aber gerade der nicht zu billigende Schlußsatz des §. 37: „Demnach bleiben" u. s. w. fehlt mit Recht im Oesterreichischen Gesetzbuche.

Ich will von den principiellen Widersprüchen nur noch ein

---

18) Zwar versteht der Entwurf Doppeltes unter Eigenthümer: einen Eigenthümer, der es wirklich ist, und einen, der es nicht ist, und dies macht in anderer Beziehung die Auslegung des § zweifelhaft (s. unten S. 69—74); allein, wenn die Stelle auch von beiden Gattungen von Eigenthümern zu verstehen ist, so bleibt doch die Mangelhaftigkeit ihrer Fassung die gleiche, vollends wenn man erwägt, daß der §. 367 nicht blos vom redlichen, sondern auch vom unredlichen Besitzer spricht.

19) Nach den S. 23 angef. Berichtigungen soll nun im §. 367 statt „erlöschen — Rechte" gelesen werden „sind dann . . . Rechte unwirksam." Allein dadurch ändert sich wohl nichts in Dem, was ich oben ausführte.

20) Dies ist ja wohl möglich, wenn z. B. der Verschollene ein Testament im Lande zurückgelassen und in diesem Vermächtnisse errichtet hatte.

Beispiel anführen. Der §. 966 enthält den ganz richtigen Satz: „Durch die Zahlung, das ist, durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, wird die Verbindlichkeit aufgelöst." Natürlich wird dadurch auch das Recht des Gläubigers aufgelöst, und es sagt dies noch der §. 965 ausdrücklich, indem er bemerkt, „daß mit Erlöschung des Rechts die Verbindlichkeit, und mit Erlöschung der letzteren das Recht aufgehoben wird." Nun vergleiche man mit diesen beiden §§ den §. 969. Er lautet: „Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die „Zahlung von einem Dritten in der Regel nicht aufgedrungen „werden. Nimmt er sie aber an, so ist der Zahler berechtigt, „selbst nach geleisteter Zahlung, die Abtretung des dem „Gläubiger zustehenden Rechts zu verlangen." Dieser § ist mit den anderen angeführten und mit der Rechtsconsequenz nicht zu vereinigen. Nach §. 965 u. 966 erlischt durch die Zahlung das Recht des Gläubigers; nach angenommener und vollzogener Zahlung steht ihm also kein Recht mehr zu. Der §. 969 aber nennt das Recht des Gläubigers nach geleisteter Zahlung, also nach getilgter Schuld, ein dem Gläubiger zustehendes Recht; und dieses nach §. 965 und 966 erloschene Recht soll der Gläubiger als ein ihm noch zustehendes an einen Anderen abtreten können, selbst also nach Monaten oder gar nach Jahren noch abtreten können und doch wohl auch mit seinen Accessionen, so daß hiernach ein Bürge, der durch die von einem Dritten an den Gläubiger geschehene Zahlung der Hauptschuld nach §. 878 von seiner Bürgschaftsschuld frei wurde, durch eine solche später geschehene Abtretung einer Wiedererstehung seiner Bürgschaftsschuld gewärtig seyn muß? Die Motive sagen für diesen auffallenden Satz blos: der Gläubiger müsse dem Zahler sein Recht abtreten „und zwar im Falle des §. 969 selbst nach „geleisteter Zahlung, da dann das Geschäft nur unter dem Gläu„biger und Zahler abgemacht wird." Ich gestehe, den Sinn dieses Motives nicht finden zu können. Allerdings wird im Falle des §. 969 das Geschäft nur unter dem Gläubiger und Zahler abgemacht; allein dieses Geschäft ist doch eine Zahlung, und nach §. 965 und 966 ist die Wirkung jeder gehörigen Zahlung, daß dadurch Recht und Verbindlichkeit getilgt wird. Wollte in einem solchen Falle der Entwurf das Recht des Gläubigers unbedingt auf den Zahlenden übergehen lassen, so konnte und

mußte er die Consequenz retten durch die Fiction einer Abtretung, also festsetzen, daß in dem genannten Falle in der Annahme der Zahlung von selbst die Abtretung des dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Rechts liege (ähnlich, wie in §. 859). Wollte er aber eine Abtretung nur eintreten lassen, wenn der Zahlende sie ausdrücklich verlange, dann mußte er bestimmen, daß die Abtretung entweder vor der Zahlung geschehen oder wenigstens vor derselben verlangt oder verabredet seyn mußte. Man vergleiche z. B. wie einen solchen Fall das Römische Recht in seiner Consequenz behandelt (D. de solut. l. 76).

Doch ich beschränke mich hier auf diese Beispiele von Unauflöslichkeiten und Unvereinbarkeiten, da der folgende Abschnitt Gelegenheit geben wird, noch eine ziemliche Reihe weiterer Beispiele in einem anderen Zusammenhange anzuführen (s. z. B. unten S. 51, 52, 81, 82, 86 f., 113 f., 116 f.)

III.

Das Verhältniß des Entwurfes zum bestehenden Rechte. Mißliche Neuerungen.

Die Allgemeinen Motive S. V sagen: „Rücksichtlich Dessen, „was in den Entwurf aufzunehmen war, durfte man sich nicht „mit einer Codification des schon Bestehenden begnügen, sondern „man mußte ein möglichst vollständiges System in sich harmonirender, den jetzigen Verhältnissen und Sitten entsprechender „Gesetzvorschriften erzielen" (s. auch Held a. a. O. S. 16, 18 f.). Der Aufgabe, welche hiernach der Entwurf sich stellt, wird man wohl allgemein und mit vollem Rechte beistimmen. Nur könnte man über den Gegensatz, den hier die Motive machen, Zweifel erheben und durch ihn bedenklich gemacht werden. Auch eine blose Codification des Bestehenden würde uns schon ein möglichst vollständiges System geben, ein weit vollständigeres, als der Entwurf enthält und überhaupt eine neue Gesetzgebung erreichen wird. Denn man darf beim Bestehenden nicht blos an die partikulären Gesetzesvorschriften denken, da ja das gesammte in Sachsen dermalen geltende Recht nicht blos aus diesen Vorschriften besteht, diese vielmehr nur den weitaus kleineren Theil jenes Rechts bilden. Aber freilich ist dieses, durch

unsre Gesetze, Gewohnheiten und das s. g. gemeine Römisch-Deutsche Recht gebildete „schon Bestehende“ nicht durchaus in sich harmonisch, entspricht auch nicht in allen Beziehungen den jetzigen Verhältnissen und Sitten, auch findet sich Manches in demselben, was dem Rechtsbegriffe nicht ganz entspricht (man denke z. B. an die privilegia fisci). Solche Auswüchse des bestehenden Rechts sollen allerdings in einem neuen Gesetzbuche entfernt werden, und da, wo ein unläugbares Bedürfniß zu einer Rechtsänderung sich geltend machte und eine bessere Einsicht sie ganz entschieden geboten findet, soll es am Bestehenden reformiren. Im Ganzen aber ist unser gegenwärtiger Privatrechtszustand kein tadelnswerther. Das, was ein Anhänger neuerer Gesetzbücher an ihm zu vermissen hätte, ist hauptsächlich eben der Mangel der Codification und eben damit der Mangel der Uebersichtlichkeit und Zugänglichkeit und einer einheimischen vaterländischen Grundlage, auf welche die ganze weitere Ausbildung des Rechts in harmonischer und consequenter Entwicklung gebaut werden könnte. Hiernach möchte ich die Aufgabe eines bürgerlichen Gesetzbuches gerade hauptsächlich in eine Codification des Bestehenden, welches seinem bei Weitem größeren Inhalte nach, wenn er nur recht erkannt wird, ein sehr gutes ist, setzen, allerdings verbunden mit einer Reform desselben in den Punkten, welche einer solchen Reform unzweifelhaft bedürfen.

Auch der Entwurf versichert, es gehe seine Absicht nicht auf das Erdenken und Erfinden eines neuen Rechts und es müsse dem erprobten Rechte die gebührende Achtung zu Theil werden (Allg. Motive S. IV, Held a. a. O. S. 18); er bestrebt sich daher mit Recht, die Errungenschaften, die wir dem Römischen Rechte verdanken, festzuhalten, und was von Deutschen Rechtsinstituten noch besteht und sich mit den Sitten und dem Kulturzustande der Jetztzeit noch verträgt, in seinem wahren Geiste zu erhalten, und weist es ab, „längst untergegangene und „abgestorbene Rechtsnormen des Deutschen Rechts wieder auf„zusuchen und in das Leben zu rufen und nur auf diesen fortzu„bauen.“ Diese Grundsätze und die weiteren Ausführungen, welche die Motive und Held in dieser Hinsicht geben, sind meines Erachtens als richtig anzuerkennen, und es wird nur auf ihre rechte Anwendung und auf das Princip ankommen, welchem man bei dieser Anwendung zu folgen hat. In Letzterem aber

gibt der Entwurf den größten Bedenken Raum. Er enthält ungemein viele Aenderungen des bestehenden Rechts, theils Aenderungen, welche sehr weitgreifend sind, Principien von sehr ausgedehnter Anwendung betreffen und daher in die meisten Rechtsverhältnisse eingreifen, theils solche, durch welche wenigstens die Construction einzelner Rechtsverhältnisse eine wesentlich andere wird, endlich Aenderungen in einzelnen, minder umfänglichen Beziehungen, aber in solcher Zahl, daß kaum ein Rechtsverhältniß davon unberührt bleibt. Von diesen Aenderungen sind manche als eine wahre Verbesserung des Bestehenden[21] zu rühmen; sehr viele dagegen sind meines Erachtens theils entschieden nicht zu billigen, theils wenigstens sehr bedenklich, theils in ihrem Werthe mehr oder minder zweifelhaft, so daß sie uns dem bestehenden Rechtszustande gegenüber keinen Gewinn, zum großen Theile aber Nachtheil und zwar mitunter sehr weitgreifende Nachtheile bringen würden.

Suchen wir einen leitenden Grundsatz, der bei Aenderungen am bestehenden, namentlich am Privatrechte bestimmen soll, so ist es doch wohl nur der, daß man von Dem, was besteht und was das Volk in sein Rechtsbewußtseyn aufgenommen hat und was alle Rechtsverhältnisse im Staate durchdringt, nicht ohne ganz evidente, dringende und überwiegende Gründe abweichen soll, daß man daher auch da, wo Manches für die Neuerung sprechen

---

21) Manche Bestimmung übrigens, welche der Entwurf für eine Aenderung des Bestehenden hält, ist nicht eine Aenderung, sondern wirklich bestehendes Recht, welches nur die Motive nicht richtig auffaßten. So sagen z. B. die Motive zu §. 148: „Man fand den früheren Grundsatz (?), „wonach der Besitzer von Behändigung der Klage an als unredlicher Besitzer gelten soll, zu hart und verpflichtete ihn daher blos, von dieser Zeit „an die Sache als fremde zu behandeln und sich in der Lage zu halten, daß „er für den ihm angekündigten Fall der Aberkennung des Besitzes dem Urtheile genügen könne.“ Allein dieses Letztere (nicht jener „frühere Grundsatz“) ist ja unser bestehendes Recht und war schon Römischen Rechtens. Meine Erörterungen rc. H. III. S. 106 f. v. Savigny System Bd. VI. S. 80 f., S. 84 f. Ferner sagen die Motive zu §. 776: „das Römische Recht „erblickte zwar auch in dem Falle, wo der Berechtigte sein Recht in aemulationem alterius ausübte, eine widerrechtliche Handlung. Allein es fiel bedenklich, „zu Gunsten dieses der Natur eines Rechts widerstreitenden Satzes von unbestimmter Tragweite eine Ausnahme von der Regel des §. 776 im Allgemeinen „festzusetzen.“ Allein auch hier ist das Römische Recht unrichtig aufgefaßt, wie schon Carl Ferdinand Hommel zeigte; s. mein Handb. d. Württ. Privatr. II. S. 194. Jedenfalls aber gibt in diesen Punkten der Entwurf eine richtige und dankenswerthe Entscheidung einer Controverse.

mag, es aber nicht ganz unzweifelhaft ist, daß man durch das Neue wahrhaft gewinne, die Neuerung vorerst unterlassen, man also stets im Zweifel am bestehenden Rechte festhalten sollte. Unser Recht besteht ja nicht aus blosen Bruchstücken, es bildet ein ganz umfassendes, in seinen weitaus meisten Beziehungen harmonisches, wenn auch als solches nicht von Jedem erkanntes System, und da ist es schon mißlich, einen Stein aus dem Gebäude herauszunehmen und andere hineinzusetzen. Dazu kommt, daß man sich in das Bestehende hineingelebt hat, daß es alle Lebensverhältnisse durchdringt, daß die vielverzweigten rechtlichen Verhältnisse auf dieses Bestehende, eben im Vertrauen auf sein Bestehen, gebaut sind, daß Rechtsbegriffe und Rechtsbewußtseyn mit dem lange Bestehenden sich vielfach identificiren, so daß deßhalb das Bestehende schon an sich, eben weil es besteht, im Gegensatze zu einer Neuerung so viel Ueberwiegendes für sich hat, daß die Neuerung nur dann sich rechtfertigen läßt, wenn der Gewinn, den sie bietet, oder ihre Dringlichkeit ganz entschieden vorliegen. Ueberdies ist noch ein anderes, mehr politisches, aber, wie mir scheint, in hohem Grade wichtiges Moment zu beachten, ein Moment, dessen Wichtigkeit namentlich durch die Erfahrungen jüngst vergangener Jahre wieder sehr belegt worden seyn dürfte und welches gerade in Zeiten, in welchen mit dem Boden des Rechts in der ungebundensten Weise verfahren werden wollte, ganz besonders der Berücksichtigung werth ist. Durch Neuerungen am bestehenden Rechte, wenn sie gar zu leicht behandelt und nicht durch unzweifelhafte, dringende Motive gerechtfertigt werden, kann leicht der Rechtssinn im Volke abgestumpft werden; es kann dadurch leicht der Glaube an die Unantastbarkeit des Rechts selbst wankend gemacht und die Meinung verbreitet werden, das Recht sey etwas Wandelbares, willkürlichen Zwecken und Interessen Dienendes und lasse sich ganz nach Belieben ändern. Gerade in dieser Hinsicht ist es von der größten Wichtigkeit, daß die Gesetzgebung selbst durch die Art und Weise, wie sie das bestehende Recht behandelt, durch die Achtung des Bestehenden, weil es besteht, und durch eine heilige Scheu vor Aenderungen mit ihrem Beispiele vorangeht. Wir dürften uns in diesen Beziehungen zwei Staaten zum Muster nehmen, die sich durch den gemessenen, umsichtigen Gang in ihrer Gesetzgebung und durch die Bedachtsamkeit auszeichneten, mit der sie bei jeder Aenderung am bestehenden Rechte

verfuhren und mit der sie nur das wirklich Absterbende mit ängstlicher Vorsicht allmälig und nur schrittweise durch Neues zu ersetzen suchten, deren Völker aber auch durch ihren Rechtssinn und durch ihre Achtung des Rechts für alle andere Völker ein Muster wurden. Es ist dies in der alten Zeit der Römische, in der modernen Zeit der Englische Staat. —

Von dem leitenden Gedanken, wie ich ihn oben bestimmte, scheint der Entwurf nicht auszugehen. Er verfährt in den Aenderungen am bestehenden Rechte mit einer solchen Freiheit, daß das Gewicht und die Bedeutung des Bestehenden als Solchen ganz zu verschwinden scheint und man in sehr vielen Fällen glauben muß, er fasse sein Verhältniß zu dem bestehenden Rechte so auf, wie sein Verhältniß zum Oesterreichischen Gesetzbuche, dem Preuß. Landrechte, dem Code civil ꝛc., er betrachte also den Inhalt des in Sachsen Bestehenden als ein in gleicher Weise und mit gleicher Freiheit zu behandelndes Material, wie den Inhalt der Legislationen anderer Staaten und anderer legislativen Versuche der Neuzeit.

Wenn man sich aber auch auf diesen, wie mir scheint, nicht zu billigenden Standpunct stellt und von ihm aus die Neuerungen des Entwurfes untersucht: so möchte doch bei diesen Aenderungen nur gar zu häufig sich ergeben, daß der wahre Gehalt des Bestehenden nicht gehörig gewürdigt und Neues an seine Stelle gesetzt wurde, dem das Bestehende weit vorzuziehen war.

Belege hierfür und für das S. 44 Gesagte finden sich schon oben S. 14 f. 24 f. 28; auch wird der IV. Abschnitt Gelegenheit geben, noch weitere in einem anderen Zusammenhange auszuführen. Indessen würden doch diese Beispiele nicht genügen, um das Behauptete vollständig zu belegen und ein überzeugendes Bild von dem Wege, den der Entwurf bei seinen Neuerungen einschlug, zu geben. Deßhalb will ich hier noch eine Reihe weiterer Belege anführen, nicht gerade nach ihrer Wichtigkeit, sondern wichtigere und minder wichtige, wie sie sich beim Durchblättern des Entwurfes nach seiner Ordnung mir darbieten, und einige davon genauer ausführen, andere nur kurz berühren und andeuten, und mir die genauere Ausführung derselben, falls ich je noch zu einer besonderen Beurtheilung der einzelnen Kapitel des Entwurfes kommen sollte, vorbehalten.

Beispiele mißlicher Neuerungen aus dem allgemeinen Theile.

Außer den im IV. Abschnitte anzuführenden und den schon im II. Abschnitte angeführten gehören hierher unter Anderem auch einige weitere Neuerungen in der Lehre vom Besitze und einzelne Neuerungen in der Lehre von der Verjährung und vom Retentionsrechte.

Bei dem Besitze sind die Besitzrechtsmittel wesentlich umgestaltet, zum Theil wohl mit entschiedenem Gewinne gegen Das, was hierüber bisher in Sachsen galt, zum Theil aber auch in einer bedenklichen Ausdehnung, auf welche aber hier näher einzugehen zu weit führen würde. Ich will hier vorerst nur noch (vergl. S. 24 f.) folgende mißliche Neuerungen in der Besitzlehre herausheben, von denen die eine im Entwurfe erst im Kapitel von der Verjährung steht, aber hierher gehört. Ueber die Verjährung der Besitzklagen nämlich sagt der §. 225 Folgendes:

„Das Recht, aus dem Besitze zu klagen, erlischt mit dem Ab„laufe eines Jahres von der Zeit an, wo die Störung oder Ent„ziehung des Besitzes stattgefunden, oder im Falle gewaltsamer „Besitzentziehung die Gewalt aufgehört hat. Es bleibt jedoch „Dem, welcher gewaltsamerweise in seinem Besitze gestört oder „aus demselben verdrängt wurde, unbenommen, auch nach Ab„lauf des Jahres, binnen welchem die Besitzklage nur zuläßig ist, „Denjenigen, welcher die Gewalt geübt hat, auf Ersatz des durch „die Gewaltanwendung verursachten Schadens zu belangen."

Den Sinn der zweiten Periode dieses Paragraphen mit Sicherheit festzustellen, wird sehr schwer seyn. Wenn Jemand durch Gewalt eines Dritten aus seinem Besitze entsetzt wurde, so soll nach diesem § die Besitzklage, also die Klage, mit welcher er Wiederherstellung seines Besitzes, die Zurückgabe der Sache verlangen kann, in einem Jahre verjähren, aber nach Ablauf des Jahres doch immer noch eine Klage auf Ersatz des durch die Gewaltanwendung verursachten Schadens zuläßig seyn. Nimmt man Dieses wörtlich, so scheint die Verjährung der Besitzklage bedeutungslos zu seyn; denn unter dem Ersatze des durch die Gewaltanwendung verursachten Schadens ist doch auch die Zurückgabe der Sache, also gerade die Wiederherstellung des Besitzes zu verstehen, da ja eben das Entbehren des Besitzes der Schaden ist, der zunächst durch die Gewaltanwendung zugefügt wurde

und auf Ersatz dieses Schadens soll ja auch noch nach Ablauf des Jahres geklagt werden können. Auch sagt der §. 813, der doch hierher zu beziehen ist: „Behufs der Ersatzleistung muß Alles „soviel als möglich in den Stand gesetzt werden, welcher vor der „Beschädigung vorhanden war." Dazu gehört aber im vorliegenden Falle ganz wesentlich eben die Wiederherstellung des entzogenen Besitzes. Ist also Dieses der Sinn der Stelle: so enthält sie entschieden einen inneren Widerspruch.

Soll aber etwas Anderes gemeint seyn, so könnte man sie nur dahin verstehen: die Klage auf Wiederherstellung des Besitzes verjährt unbedingt in einem Jahre; die Klage auf Ersatz des etwa anderweit noch, abgesehen von der Entziehung des Besitzes, durch die gewaltsame Entsetzung zugefügten Schadens ist auch später noch zulässig. Sollte dies der Sinn der Stelle seyn, so würde durch sie das bisherige Recht gerade umgekehrt. Nach dem bisherigen Rechte geht das interdictum unde vi auf Wiederherstellung des Besitzes und vollen Ersatz des Schadens und verjährt in dieser Ausdehnung in einem Jahre; nach einem Jahre kann es zwar auch noch angestellt werden, aber dann nur auf Erstattung Dessen, was der Dejicient noch von seinem Delict in Händen hat, so daß es also, wenn er die Sache noch hat, auch nach einem Jahre noch auf Wiederherstellung des Besitzes geht, aber nicht mehr auf Ersatz des weiteren Schadens. Diese Bestimmung des gemeinen Rechts hat vollen inneren Zusammenhang und beruht auf guten Gründen. Nach dem Entwurfe aber würde die Ersatzklage nicht auf ein Jahr beschränkt seyn, wohl aber das Recht, den Besitz zurückzufordern, sollte auch der Dejicient ihn noch haben; denn welcher andere Sinn sollte mit der Erlöschung der Besitzklage verbunden seyn? Ist aber dies der Sinn, wie soll es sich rechtfertigen, die Besitzklage auszuschließen, wenn der Dejicient die Sache noch in Händen hat und die von ihm ausgegangene Störung gleichsam noch fortdauert, während doch eine Ersatzklage noch gegen ihn zulässig seyn soll? — Die Unklarheit des §. 225 wird nicht entfernt und seine Bestimmung nicht gerechtfertigt durch Das, was die Motive sagen. Diese bemerken blos zur Rechtfertigung der kurzen Verjährungszeit: „daß thatsächliche Zustände, wie der Besitz ist, „mit thunlichster Beschleunigung in Ordnung gebracht werden „müssen", und fügen dann bei: „Hierin liegt zugleich der Grund,

„warum die kurze Verjährungszeit nicht auf die Geltendmachung „eines Schädenanspruchs wegen Gewalt bezogen wird; denn „wenn er auch gleichzeitig mit der Besitzklage ausgeführt werden „kann, so hat er doch seinen besonderen Grund in der verübten „Gewalt." Hier möchte man fragen: hat denn nicht auch die auf gewaltsame Entsetzung gestützte Besitzklage ihren „besonderen „Grund in der verübten Gewalt"? und hat nicht nach §. 813 der Schädenanspruch wegen Gewalt mit dasselbe Object, wie die Besitzklage?[22]

Aehnlich wie mit dieser Bestimmung möchte es sich verhalten mit der Ausdehnung des Begriffes der malae fidei possessio, welche der Entwurf gegen das bestehende Recht und noch dazu in einer nicht mit Sicherheit zu entziffernden Weise festsetzt. Der §. 132 sagt: „Solange Jemand aus wahrscheinlichen Grün„den die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist er ein red„licher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer ist Derjenige, welcher „weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die „in seinem Besitze befindliche Sache einem Anderen zugehöre." Erläutert man diese Stelle zunächst, wie man muß, aus sich selbst, so sollte man annehmen, daß in den Worten, die ich gesperrt drucken ließ, ein Parallelismus ist, daß also Jeder, welcher zwar glaubt, die Sache, die er besitze, gehöre ihm, aber dies nicht aus wahrscheinlichen Gründen glaubt, ein unredlicher Besitzer ist. Allein dies wäre jedenfalls sehr weit gegangen, wohl weiter als der Entwurf will; man wird daher seinen Begriff des redlichen Besitzes, den er in hohem Grade (auf die wahrscheinlichen Gründe des Meinens) beschränkt, ausdehnen müssen nach dem Begriffe, den er vom unredlichen Besitzer gibt, d. h. man wird annehmen müssen, daß wenn ein Besitzer auch aus unwahrscheinlichen Gründen glaubt, die Sache sey die seinige, er dennoch ein redlicher Besitzer (gegen den Begriff des Entwurfes) sey, wenn nur die Gründe nicht solche sind, daß er aus den Umständen vermuthen mußte, die Sache sey nicht die seinige. Aber was heißt dieses aus den Umständen vermuthen müssen? Soll damit gesagt seyn: wenn er es auch in der That nicht vermuthete, aber bei gehöriger Achtsamkeit aus den Um-

22) Vergl. auch über eine ähnliche Bestimmung des Hessischen Entwurfes Arndts in Schneider's Krit. Jahrbb. Jahrg. XI S. 810.

ständen hätte vermuthen müssen, so soll er als unredlicher Besitzer behandelt werden? Ferner: sind blos solche Umstände gemeint, die dem Besitzer bekannt waren? oder auch solche, die ihm unbekannt waren, die er aber bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte wissen können? Das Letztere wird man nach Dem, was die Motive zu diesem § sagen, annehmen müssen. Sie sagen zwar über den Begriff des redlichen und unredlichen Besitzers nichts Näheres, als daß eine möglichst genaue Bestimmung desselben sehr wünschenswerth sey, aber schwer falle, „weil die Gründe „einer Vermuthung objectiv eben so verschieden sind, als die „subjective Würdigung derselben eine unendliche Abstufung zu„läßt"; sie fügen aber noch bei: „die Frage, ob ein thatsächlicher „oder rechtlicher Irrthum die Redlichkeit des Besitzes ausschließe, „konnte am Schlusse des §. 132 nur verneint werden[23], da bei „der Beantwortung derselben, falls sie nicht mit den anderen Fra„gen, wie und von wem die Redlichkeit des Besitzes oder die Un„redlichkeit zu erweisen sey, oder in wie weit ein redlicher „Besitzer den Irrthum verschuldet und mithin nach den „Grundsätzen über den Schadenersatz wie ein Besitzer „im bösen Glauben haften müsse, verwechselt wird, sich kein „Grund darbot, warum man dem Irrthume an sich auf den Be„griff der Redlichkeit einen Einfluß gestatten sollte." Nach dieser Stelle, über die sich noch Manches sagen ließe, scheint anzunehmen zu seyn, daß der Entwurf wirklich festsetzen wollte, ein Besitzer einer Sache, welcher sie für die seinige halte, aber aus den Umständen vermuthen mußte, daß sie es nicht sey, sey selbst dann wie ein unredlicher Besitzer zu behandeln oder habe „wie ein „Besitzer im bösen Glauben zu haften," wenn ihm diese Umstände unbekannt waren, sobald er diesen Irrthum verschuldete. Für diese Auslegung spricht auch die Weise, wie die wörtliche Quelle des §. 132, der §. 326 des Oesterreich. G. B. von v. Zeiller, einem der Mitarbeiter bei dem Oest. G. B., ausgelegt wird.[24] Ist dies der Sinn des Entwurfes, so enthält er eine sehr

---

23) Dieser Schluß sagt: „Aus Irrthum in Thatsachen oder Unwissenheit „der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger und doch redlicher „Besitzer seyn."

24) v. Zeiller, Commentar üb. d. allg. bürg. G.-Buch rc. B. II S. 65 Nr. 6. Vergl. auch v. Gabb in Wagners Zeitschrift f. Oest. Rechtsgel. 1828 S. 301 f. Zweifel erregen könnte nur eine Stelle in den Motiven des Entwurfes,

weit greifende Aenderung des bestehenden Rechts, eine Aenderung, die man wohl nicht mit Unrecht eine mehr als mißliche Neuerung nennen kann. Es wird dadurch der Begriff der Unredlichkeit auch auf blose Fahrlässigkeit in einer Weise ausgedehnt, welche nicht nur zu einer Verwirrung der Begriffe, sondern auch zu materiellem Unrecht führen muß, z. B. dahin, daß ein solcher in Wahrheit redliche, aber wegen seiner culpa nach dem Entwurfe als unredlich zu behandelnde Besitzer sogar für zufällige Verschlechterung und für den zufälligen Untergang der Sache (§. 154) haften muß! Auch entstehen dabei noch andere Bedenken, von denen ich nur folgende berühren will. Wenn man durch blose culpa ein unredlicher Besitzer werden oder wie ein unredlicher Besitzer haftbar werden kann, wie ist dann der §. 151 zu vereinigen mit §. 818? Nach §. 151 ist „der unredliche Besitzer verbunden, nicht nur alle durch den unredlichen Besitz einer fremden „Sache erlangten Vortheile zurückzustellen[25], sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde, zu „ersetzen." Dies heißt doch wohl, er muß dem Eigenthümer der Sache das lucrum cessans ersetzen. Allein nach §. 818 ist das lucrum cessans nur zu ersetzen „in dem Falle eines absichtlich verursachten Schadens;" ja selbst ein moroser Schuldner haftet, wenn ich den Entwurf recht aufgefaßt habe, in der Regel (was freilich wieder, wie mir scheint, eine nicht zu rechtfertigende Neuerung ist) blos für „einfache Vergütung des erlittenen „Schadens" (§. 838, was nach §. 815 den Ersatz des entgangenen Gewinnes ausschließt); es soll sogar nach §. 839 diese beschränkte Haftung eintreten bei „widerrechtlicher Benutzung „von Geldern, welche Jemand für einen Anderen inne hat." Wie sollen nun diese Bestimmungen sich vermitteln lassen mit der weit ausgedehnteren Haftung eines an sich redlichen, aber wegen

die sich aber bei einem ganz anderen § findet. Zu §. 275 bezeichnen die Motive die „beim Besitze getroffene Bestimmung" als eine solche, „wonach die Unredlichkeit schon durch die Vermuthung eines fremden Rechts begründet wird und aus den Umständen nachgewiesen werden kann." Dies würde allerdings etwas wesentlich Anderes seyn (ein vermuthet **haben**, erwiesen direct oder aus den Umständen); allein dieser Sinn ist mit der Fassung des §. 132 und den anderen im Texte angef. Momenten nicht zu vereinigen.

25) Auch diese Bestimmung enthält in ihrer Allgemeinheit eine bedeutende Abweichung von dem Bestehenden, welches hier mit Recht distinguirt. Vergl. mein Handbuch d. Württ. Privatr. II. S. 526.

seiner culpa als unredlich zu behandelnden Besitzers? Auch möchte man fragen, wie denn die Bestimmung des §. 132 beim Besitzer eines Grundstückes, dessen Eigenthümer im Grundbuche eingetragen ist, angewendet werden soll. Dieser Besitzer kann, wenn er nur das Grundbuch nachsieht, stets erfahren, daß ihm das Grundstück nicht gehört, weil ja Eigenthum an Grundstücken nach dem Entwurfe nur durch Eintrag in das Grundbuch erworben werden kann. Will man daher beim Besitze eine Culpa in den Wirkungen der Unredlichkeit gleichstellen und eine Pflicht der Diligenz dem Besitzer auferlegen: so müßte man sagen, daß ein solcher Besitzer stets einer Fahrlässigkeit sich schuldig machte, wenn er nicht wußte, daß ihm die Sache nicht gehöre. Soll also, wenn Jemand als Eigenthümer eines Grundstückes eingetragen ist oder selbst wenn Niemand eingetragen ist, an diesem Grundstücke ein wirksamer redlicher Besitz eines Dritten nicht möglich seyn?

Außerdem würde sich noch fragen lassen, wie der §. 2016 mit dem Begriffe des §. 132 in Einklang gebracht werden soll. Wenn der allgemeine Theil bestimmt, was ein redlicher und was ein unredlicher Besitzer seyn soll: so fordert doch alle Consequenz, daß dieser Begriff auf alle und jede Besitzer in Anwendung gebracht werde. Es muß also derselbe Begriff von Redlichkeit und Unredlichkeit auch bei dem Besitzer einer Erbschaft gelten. Nun sagt aber der §. 2016, als ein redlicher Besitzer einer Erbschaft sey zu behandeln, wer „unter Umständen, wo „er bis zum Beweise eines besseren oder gleichen Rechts „eines Dritten als gerechtfertigt anzusehen war, in redlichem Glauben die Erbschaft in Besitz genommen hat; entgegengesetzten Falles ist er als unredlicher Besitzer verantwortlich." Sind unter jenen Umständen die in den §§. 1996—2003 ausgeführten zu verstehen, so sind es ziemlich complicirte Umstände, bei welchen ein Irrthum, namentlich ein Rechtsirrthum, leicht möglich ist; sollten aber auch unter jenen „Umständen" nicht blos die im §. 1996—2003 bezeichneten gemeint seyn: so wird doch hier der redliche Besitz einer Erbschaft von einem objectiven Momente abhängig gemacht, das noch über das Vermuthenmüssen des §. 132 hinausgeht. Wenn nun Jemand in redlichem Glauben eine Erbschaft in Besitz nahm, aber die genannten Umstände nicht vollständig vorhanden waren, soll er nun unbedingt, selbst ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit seines red-

lichen Meinens, als unredlicher Besitzer verantwortlich seyn? Dies würde sich an sich gar nicht rechtfertigen, auch mit §. 132 nicht in Einklang bringen lassen.

Während im letzteren Punkte der Entwurf eine nicht begründbare Verschiedenheit zwischen Besitz einer Erbschaft und Besitz anderer Sachen festzusetzen scheint, gibt er in einem anderen Punkte eine wohlbegründete Verschiedenheit, die das bestehende Recht in diesen Fällen macht, wenn mich nicht Alles trügt, ganz auf. Dies ist der Fall bei der Frage, welchen Aufwand ein zur Herausgabe der Sache verurtheilter Besitzer ersetzt verlangen kann. Der Entwurf enthält über das Recht des Besitzers auf Ersatz des auf die besessene Sache gemachten Aufwandes einige §§ im allgemeinen Theile (§. 146—148, §. 153). In diesen §§ vereinfacht er freilich das bestehende Recht sehr, aber eine solche Vereinfachung wird man nicht einen Gewinn nennen können. Sie besteht in einem Aufheben von Verschiedenheiten, die in den Entscheidungen des bestehenden Rechts sich finden, welche aber nicht willkürlich und nicht Subtilitäten sind, sondern in der Verschiedenheit der juristischen Natur der Verhältnisse selbst liegen. Der Entwurf behandelt nämlich den redlichen und unredlichen Besitzer bei dem Aufwande, welcher vor dem Anfange des Eigenthumsprozesses auf den Gegenstand des Besitzes gemacht wurde, völlig gleich (§. 146, 147 vergl. mit §. 153); er behandelt ferner in einem solchen Falle den Besitzer einer fremden Erbschaft ganz so, wie Denjenigen, welcher titulo singulari eine fremde Sache besitzt (§. 146, 147 vergl. mit §. 2016), und hiernach bestimmt er, daß jeder Besitzer einer Sache einen nothwendigen Aufwand, aber nur, wenn er auf die Erhaltung der Substanz der Sache fortwirkt, ferner daß er einen solchen nützlichen Aufwand, wodurch die Nutzungen fortdauernd vermehrt werden, nach dem gegenwärtigen Werthe, soweit er den gemachten Aufwand nicht übersteigt, ferner einen Aufwand, der blos zum Vergnügen oder zur Verschönerung der Sache gemacht wurde, soweit, als die Sache dem gemeinen Werthe nach dadurch wirklich gewonnen hat und der gemachte Aufwand hierdurch nicht überstiegen wird, ersetzt verlangen könne, daß er aber im letzteren Falle „statt dessen die Anlagen selbst, soweit es „ohne Schaden der Substanz geschehen kann, von der Sache „wegnehmen" dürfe. — Statt einer solchen Nivellirung wesentlich

verschiedener Verhältnisse behandelt das bestehende Recht auch bei der Ersatzforderung wegen Aufwandes den redlichen Besitzer ganz anders als den unredlichen, was gewiß in den Verhältnissen begründet ist[26]; es behandelt ferner den Besitzer einer Erbschaft anders, als Denjenigen, welcher eine fremde Sache titulo singulari besitzt, indem es unter Anderem namentlich dem redlichen Besitzer einer Erbschaft das Recht gibt, jeden Aufwand, auch Denjenigen, welcher nicht nützlich war, unbedingt, und auch den nothwendigen dann, wenn er nicht noch zur Erhaltung der Sache fortwirkt, u. s. w. ersetzt zu verlangen, da es hier sehr mit Recht von dem Grundsatze ausgeht, daß der redliche Besitzer einer fremden Erbschaft aus diesem Besitze gar keinen Schaden leiden soll (während der Entwurf diese Anwendung des Grundsatzes verwirft, wenn er gleich andere Anwendungen desselben in anderen Beziehungen adoptirt, s. z. B. §. 2004 und 2016). Ferner nimmt das gemeine Recht bei der Bestimmung der Ersatzfrage Rücksichten auf die Verhältnisse des Eigenthümers, weil bonus judex varie ex personis causisque constituet (l. 38 de rei vind.), Rücksichten, welche der Entwurf verwirft. Zu diesen Rücksichten auf den Eigenthümer, welche das bestehende Recht nimmt, gehört namentlich auch, daß der Besitzer das jus tollendi dann nicht ausüben kann, wenn der Eigenthümer bereit ist, ihm den Werth, den die weggenommene Sache haben würde, zu ersetzen, eine gerechte Beschränkung des jus tollendi, welche der Entwurf ganz mit Stillschweigen übergeht, somit aufhebt.

Noch möchte man in Beziehung auf die §§. 123 und 155 eine Bemerkung, welche Arndts bei der Kritik des Hessischen Entwurfes macht, wiederholen, ob es nicht bedenklich und ob es praktisch angemessen sey, den Röm. Satz: fundi possessionem

---

26) Die Motive zu §. 153 sagen, daß „in Betreff der Verhältnisse, auf „welche der §. 153 geht, der unredliche Besitzer dieselbe Stellung einnimmt, „wie der redliche, und besondere Bestimmungen zu seinem Nachtheile, wenigstens aus dem Gesichtspunkte des Civilrechts, nicht würden gerechtfertigt werden können.“ — Sollte der Umstand, daß der unredliche Besitzer weiß, die Sache, auf welche er Aufwand macht, gehöre ihm nicht, und er unredlicher Weise sie sich zueignet, der redliche Besitzer aber glaubt, auf seine eigene Sache Aufwand zu machen, sollte wirklich dieser Umstand „aus dem Gesichtspunkte des Civilrechts“ eine verschiedene Behandlung dieser Fälle nicht rechtfertigen?

solo animo retineri mit seinen Consequenzen, wie es hier geschieht, stillschweigend völlig aufzuheben.

Sehr zahlreich und weitgreifend sind die Aenderungen am bestehenden Rechte, die der Entwurf bei der Verjährung macht. Einzelne dieser Aenderungen, auch die Entscheidung mancher bestrittenen Fragen, z. B. über die Wirkung der erlöschenden (oder wie der Entwurf sie bezeichnet, der aufhebenden) Verjährung, sind zu rühmen; andere möchte ich wenigstens nicht tadeln, wie z. B. die Aufhebung der Bestimmung des Canonischen Rechts und die Rückkehr zum Römischen in Beziehung auf das Erforderniß des guten Glaubens[27], ferner die großen und durchgreifenden Veränderungen, welche der Entwurf an den Verjährungszeiten trifft, wenngleich über einzelne von ihm festgesetzte Zeiten der Zweifel erhoben werden kann, theils ob sie nicht viel zu kurz gegriffen sind, theils ob nicht, wenn man einmal so durchgreifend ändern wollte, wie es der Entwurf thut, für viele Fälle die dreißigjährige Verjährung eine viel zu lange ist. Es finden sich aber bei der Verjährung auch manche andere Neuerungen, die sich schwer möchten rechtfertigen lassen. Ich will nur ein paar Punkte berühren.

Zunächst rechne ich dahin, daß der Entwurf zu jeder Ersitzung (erwerbenden Verjährung) einen justus titulus fordert nicht blos bei Eigenthum, sondern auch bei Servituten, und nicht blos bei der kurzen Verjährung von drei Jahren, sondern auch bei der dreißigjährigen (§. 198, 214). Es ist dies eine bedeutende Aenderung des bestehenden Rechts, welche durch die Bestimmung des §. 214, daß bei dreißigjähriger Ersitzung der rechtmäßige Titel präsumirt werden solle, nicht genügend corrigirt, und durch Das, was die Motive sagen, nicht motivirt wird. Denn diese scheinen davon auszugehen, daß nach dem bestehenden Rechte blos bei Servitutenersitzung ein justus titulus nicht erforderlich sey[28] und

27) Nur hätte der §. 198 anders gefaßt werden sollen; denn wenn hier als ein Erforderniß des zur Ersitzung nöthigen Besitzes angeführt wird, „daß er ein redlicher sey": so ist dies doch in der That viel zu allgemein ausgedrückt, da ja im §. 203 bestimmt wird, es genüge, „wenn der redliche Glaube nur zur Zeit der Besitzerwerbung vorhanden war," also die Ersitzung auch dann vollendet werden kann, wenn nach der Besitzerwerbung der Besitz nicht mehr ein redlicher ist.

28) Die Motive S. 498 sagen nämlich zu §. 214 in einem Satze, in dessen Anfange von der „Ersitzung der Servituten" die Rede ist: in diesem § finde sich

suchen daher die Einführung dieses Requisits nur in Beziehung auf die Servituten und zwar durch den Grund zu rechtfertigen, „weil dadurch eine Uebereinstimmung mit der Ersitzung des Eigen„thums erlangt wird, und die Ersitzung der Dienstbarkeiten als „Eigenthumsbeschränkungen überhaupt keine Begünstigung ver„dient." Allein, was das Erstere betrifft, so liegt die Verschiedenheit, welche der Entwurf durch eine bedenkliche Aenderung am Bestehenden ausgleichen will, nicht im bestehenden Rechte, sondern der Entwurf macht sie erst, d. h. das Requisit eines justus titulus, das nach dem bestehenden Rechte weder bei der Ersitzung des Eigenthums in 31 Jahren 6 W. und 3 Tagen, noch bei der gleichzeitigen der Servituten gilt, führt er bei seiner dreißigjährigen Eigenthumsersitzung ein, und dehnt es dann auf die Servituten aus. Nur bei der einjährigen Eigenthumsersitzung (ann. Saxon.) verlangt das bestehende Recht einen justus titulus; aber wenn sich bei der einjährigen oder der vom Entwurfe ihr substituirten dreijährigen Ersitzung des Eigenthums das Erforderniß des justus titulus vollkommen rechtfertigt: so ist es doch eine ganz andere Frage, ob dies auch bei der dreißigjährigen Ersitzung des Eigenthums und der Servituten der Fall seyn soll. Und wollte der Entwurf, das bestehende Recht ohne Noth ändernd, die rechte Gleichstellung treffen: so lag es ganz nahe, für seine dreijährige Ersitzung des Eigenthums und der Servituten den justus titulus zu fordern, für seine dreißigjährige Ersitzung des Eigenthums und der Servituten aber von diesem Erfordernisse Umgang zu nehmen. Was aber den zweiten Grund (daß Servituten eine Begünstigung nicht verdienen) betrifft, so könnte es bei diesem Grunde auffallen, daß der Entwurf selbst es ist, welcher im Gegensatze zum bestehenden Rechte die Servituten durch Aufhebung des Requisits der bona fides continua und durch Herabsetzung der Ersitzungszeit begünstigt; überhaupt aber handelt es sich hier nicht von der Frage einer Begünstigung, sondern von der ganz anderen Frage, ob es überhaupt irgend angemessen und zu rechtfertigen sey, daß nach Verlauf eines dreißigjährigen, un-

„eine Abweichung von dem gegenwärtigen Rechte, insofern als Dieses bei Letzterer von dem Daseyn eines Titels ganz absieht." Allein man vergleiche G. F. Steinacker De vi et indole praescript. rer. immob. Saxon. Lips. 1837 und Bekanntmachung des Ob.-App.-Gerichts vom 6. Aug. 1836 Gesetz-Samml. S. 270.

unterbrochenen Besitzes noch die Rechtmäßigkeit des in längst vergangene Zeit fallenden Anfangs dieses Besitzes, sein rechtmäßiger Titel, zur prozessualischen Erörterung soll gebracht und davon die Wirkung eines solchen langjährigen Besitzes abhängig gemacht werden können.[29] Diese Frage verneint unser bestehendes Recht, und es hat für diese Verneinung die triftigsten Gründe; der Entwurf setzt das Gegentheil fest, ohne es irgend zu motiviren.

Eine andere sehr bedenkliche Neuerung betrifft die Verjährbarkeit des Objectes. Habe ich den Entwurf recht aufgefaßt, so ist jede Sache, welche überhaupt Gegenstand des Eigenthums ist, der Eigenthumsersitzung fähig (vergl. §. 178 f.; nur Grundstücke nicht, so lange Jemand als deren Eigenthümer eingetragen ist, §. 183). Es sind daher die mannichfaltigen Gründe, aus welchen nach dem bestehenden Rechte eine Sache der Ersitzung, sey es der in Jahr und Tag oder der in dreißig Jahren und Tag (nach Röm. Recht in drei und in dreißig Jahren) eintretenden, entzogen wird, als solche durch den Entwurf aufgehoben. Bei manchen dieser Gründe ist dies zu rühmen, bei anderen aber ist es mehr als bedenklich. Nach dem Entwurfe sind Sachen, welche ein unredlicher Besitzer veräußert (§. 205), sind ferner gestohlene Sachen der ordentlichen Ersitzung unterworfen, so daß, wer in gutem Glauben vom Diebe eine Sache kaufte, nach dem Entwurfe in drei Jahren ihr Eigenthümer wird, und der Bestohlene sein Recht an der Sache verloren hat. Dies ist eine für das Eigenthum sehr gefährliche Bestimmung. Gerade in diesem Punkte stimmt Römisches und Deutsches Recht in der Verneinung der kurzzeitigen Ersitzung überein, und das Deutsche Recht geht hier seit Jahrhunderten sogar noch weiter als das Römische, indem es in einem solchen Falle, was übrigens zu weit gegangen ist, selbst die dreißigjährige Ersitzung ausschließt, und für die Aufhebung dieses Rechts findet sich in den Motiven nicht einmal ein Wort der Rechtfertigung.

---

29) Auch gestehe ich, daß ich mit den Bestimmungen des Entwurfes den Inhalt des §. 207 nicht zu vereinigen weiß, welcher dahin geht: „Gewaltsam „oder heimlich erlangter Besitz wird von dem Augenblicke an zur Ersitzung „tauglich, wo die Gewalt aufgehört hat, und der Besitz offen ausgeübt wurde.“ Die Motive sagen blos, es seyen damit die Vorschriften im §. 138 zusammenzuhalten; allein durch diese wird die Sache nicht klarer.

Anzuerkennen ist dagegen, daß der Entwurf die Privilegien aufhebt, welche das bestehende Recht dem Fiscus, den Kirchen und den Stiftungen bei der Verjährung gibt. Aber bedenklich ist, daß er auch die Rücksicht, welche das bestehende Recht den Minderjährigen bei der Verjährung schenkt, beinahe ganz aufhebt, besonders bedenklich bei den vielen sehr kurzen Verjährungszeiten des Entwurfes und da er das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand völlig beseitigt (nicht blos bei Minderjährigen, sondern überhaupt; s. Motive zu §. 1029). Er enthält für die Personen, welche einer Vertretung bedürfen, blos zwei Bestimmungen, deren eine aber zum Theil auffallend und schwer oder eigentlich gar nicht zu erklären ist. Der §. 174 sagt nämlich[30]: „Gegen Personen, welche einer Vertretung bedürfen, kann, so lange diese nicht Statt hat, eine Verjährung nicht beginnen," was gewiß zu billigen ist; aber nun fährt er so fort: „Hat eine Verjährung, von welcher solche Personen betroffen werden, in rechtsgültiger Weise einmal begonnen, so wird sie zwar in ihrem Laufe durch den zeitweilig eintretenden Mangel jener Vertretung nicht gehemmt, sie kann aber, so lange derselbe besteht, nicht beendigt werden, und es wird daher, wenn der Schluß der Verjährung in die Zeit der mangelnden Vertretung fällt, diese Zeit nicht mitgerechnet." Es soll also hiernach gegen eine solche unvertretene Person eine Verjährung nicht beginnen, ferner nicht ablaufen, wohl aber laufen, und die Motive bemerken dazu, daß man den Schutz zu weit ausdehnen würde, wenn man dem Mangel der Vertretung auch da einen rechtlichen Einfluß gestatten wollte, wo es sich blos um die Fortsetzung einer Verjährung handelt. Abgesehen davon, daß dieser Grund mehr als problematisch ist, indem dieselben Gründe, welche für die Sistirung des Anfanges und des Schlusses der Verjährung sprechen, diese Sistirung auch für das mitten inne Liegende, für den Lauf motiviren: so scheint mir die Bestimmung des Entwurfes zu ganz eigenen Resultaten zu führen. Was versteht hier der Entwurf unter dem Schlusse der Verjährung im Gegensatze zu ihrem Laufe und unter der Zeit, die nicht mitgerechnet wird? Man muß wohl die Stelle wörtlich

30) Die andere Bestimmung betrifft die Verjährung bei einer nichtigerweise von dem Vertreter vorgenommenen Veräußerung. §. 175.

nehmen, d. h. die Worte „diese Zeit" beziehen auf die ganze Zeit der mangelnden Vertretung, mag sie Jahre oder blos Monate oder blos Tage oder Stunden gedauert haben. Hiernach sagt dann der §: gegen einen Unvertretenen läuft die Verjährung; wenn er aber an ihrem Schlusse, d. h. in der letzten Stunde ihres letzten Tages noch unvertreten ist: so wird jener bis dahin gültig gewesene Lauf rückwärts wieder — aufgehoben; denn die ganze Zeit der mangelnden Vertretung wird nun gar nicht mitgerechnet; wenn er aber am Schlußpunkte der Verjährung vertreten ist: so bleibt nun jener Lauf ganz gültig und die Verjährung tritt in ihrer gewöhnlichen Zeit, mit dem Ablaufe des letzten Tages, unbedingt ein. Auf die Zeitdauer der mangelnden Vertretung kommt es in beiden Fällen gar nicht an, und im letzteren Falle kommt es gar nicht darauf an, ob dem bestellten Vertreter es irgend noch möglich war, das Recht seines Vertretenen zu wahren. —

Auf welche Resultate führt eine solche, dem Entwurfe, so viel ich weiß, eigenthümliche Bestimmung! Man nehme nur das Beispiel: Der A besitzt in gutem Glauben und auf rechtmäßigen Titel die bewegliche Sache des B schon ins dritte Jahr; der B stirbt und hinterläßt einen minderjährigen Sohn; die Bestellung des Vormundes für denselben zieht sich aber einige Zeit hinaus; es ist jetzt April; die Ersitzung des A würde mit dem Ablaufe des 30. Septembers vollendet seyn. — Wenn nun in diesem Falle dem Unmündigen am 29. oder 30. September ein Vormund gesetzt wird: so fällt der Schluß der Verjährung nicht in die Zeit der mangelnden Vertretung; die Verjährung läuft also mit dem Schlusse der 30. September ab! Soll also dem Vertreter gar keine Frist zur Wahrung des Rechts seines Vertretenen vom Gesetze gestattet werden, obwohl es ihm im angeführten Falle unmöglich ist, dieses Recht zu wahren? Soll in einem solchen Falle der Schluß der Verjährung gerade so unbedingt eintreten, wie in dem Falle, wenn der Vormund schon am 1. März bestellt wurde, also noch sieben Monate Zeit hatte, die Rechte des Mündels zu wahren? Und dazu nehme man vollends den Gegensatz. Wäre der Vormund nicht am 30. September, sondern wenige Stunden später, am Morgen des 1. Octobers bestellt worden: so „fällt der „Schluß der Verjährung in die Zeit der mangelnden Vertretung", und nun ist nach dem Entwurfe diese ganze Zeit in die Ver-

jährungszeit nicht einzurechnen, also nun hat der Vormund noch mehr als 7 Monate lang Zeit zur Wahrung der Rechte seines Vertretenen. Und dieses ist die Folge von wenigen Stunden Unterschied in Bestellung des Vertreters! — Der Entwurf hat seine Bestimmung theilweise aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche genommen; allein bei der Benutzung dieser Quelle wurde ein Hauptpunkt weggelassen, gerade der Punkt, durch welchen erst die ganze Bestimmung eine ausführbare wird und ihren vollständigen Sinn bekommt. Das Oesterreichische Gesetzbuch nämlich unterläßt es nicht, die oben aufgeworfene Frage befriedigend zu beantworten[31]; es sagt: „Die einmal angefangene Verjährungszeit läuft zwar (gegen den nicht Vertretenen) fort; sie kann aber nie früher, als binnen zwei Jahren nach den gehobenen Hindernissen vollendet werden."

Eine ganz neue, ebenfalls dem Oesterreichischen Gesetzbuche entnommene Bestimmung enthält der Entwurf über Hemmung der Verjährung zwischen Personen, die durch ein gewisses Verhältniß mit einander verbunden sind. Der §. 176 sagt: „Zwischen Ehe- „gatten während der Ehe, zwischen dem Vormunde und dem „Pflegebefohlenen während der Vormundschaft, zwischen leiblichen „Eltern und Kindern, sowie zwischen Wahleltern und Wahlkindern „während der elterlichen Gewalt kann die Verjährung weder an- „fangen noch fortgesetzt werden, insoweit das Gesetz nicht hiervon „eine Ausnahme macht." Die Motive führen hierfür zwei Gründe an, einmal, daß diese Verhältnisse von der Art seyen, daß während ihrer Dauer die Rechtsverfolgung entweder unmöglich sey oder doch wenigstens sehr schwer falle, sodann daß die Gesetzgebung darauf Bedacht zu nehmen habe, zwischen solchen Personen den Ausbruch von Rechtsstreitigkeiten thunlichst zu verhüten. Allein der erstere Grund leidet doch in der That nicht auf alle diese Verhältnisse Anwendung, und was den zweiten Grund betrifft, so möchte ich nur die eine Frage aufwerfen, ob denn dadurch es motivirt werde, daß die Rechte des Vormundes gegen seinen Mündel während der Dauer der Vormundschaft unverjährbar seyn sollen?

Nicht unbedeutende Neuerungen trifft der Entwurf in seinen

---

31) Auch bei der ähnlichen Bestimmung des Hessischen Entwurfes ist dieser Umstand nicht vergessen werden.

Bestimmungen über Retentionsrecht (§§. 238—251). Zunächst beschränkt er das Retentionsrecht auf bewegliche Sachen, hebt also dasselbe bei Liegenschaften ganz auf, so daß z. B. der Besitzer eines fremden Grundstückes sein Recht auf Ersatz des darauf gemachten Aufwandes nicht durch Zurückbehaltung der Liegenschaft geltend machen darf. Diese bedeutende Neuerung scheint mir ganz unmotivirt zu seyn. Hat wohl das Recht, wie es in dieser Hinsicht seit Jahrhunderten bei uns galt, irgend als unzweckmäßig sich gezeigt? ist es nicht vielmehr ganz zweckmäßig und rationell? Was die Motive für die Beibehaltung des Retentionsrechts überhaupt anführen, paßt ja gerade eben so sehr auf Liegenschaften, wie auf Fahrniß[32]; für die Abschaffung des Retentionsrechts bei Liegenschaften aber sagen die Motive gar nichts, indem sie blos bemerken, das Retentionsrecht „wird im §. 238 auf bewegliche Sachen „beschränkt." Sollte der Grund wohl darin liegen, daß man die gleich anzuführende Erweiterung der Natur des Retentionsrechts nicht wohl auf Liegenschaften anwenden konnte? Dann aber hätte man um so mehr diese Erweiterung unterlassen sollen, statt aus Rücksicht auf sie zu einer zweiten nicht motivirten Aenderung des bestehenden Rechts, zur völligen Aufhebung des Retentionsrechts bei Grundstücken zu schreiten.

Von der anderen Seite nämlich enthält der Entwurf eine bedenkliche Ausdehnung des Retentionsrechts in Rücksicht auf seinen Inhalt; nach §. 241 soll es „die Rechte eines Pfandgläubigers gewähren," also doch wohl auch das in §. 456 bemerkte Verkaufsrecht.[33] Diese Bestimmung ist in ihrer Ausdehnung auf alle Fälle des Retentionsrechts eine bedenkliche Neuerung und

---

32) Unter den Gründen, die man gegen das Retentionsrecht anführen könne, führen die Motive auch an, „daß es außer den Fällen der Noth eine „Art Selbsthülfe sey." Daß dies auf einer unrichtigen Auffassung beruhe, ist in unsrer Zeit meist zugegeben. Auch theilt wohl der vor Kurzem erschienene Entwurf des Strafgesetzbuches diese Ansicht nicht.

33) Denn so ist doch wohl der §. 241 zu verstehen, wenn er, freilich etwas unklar, sagt: „**Insofern** aus der zurückbehaltenen Sache Zahlung „zu erlangen ist (d. h. doch wohl, namentlich im Gegensatze zu §. 242: insofern die Sache im Verkehre Werth hat), gewährt das Zurückbehaltungsrecht „die Rechte des Pfandgläubigers". Etwas anders ist derselbe Gedanke ausgedrückt bei der Pfändung in §. 265: „Der Pfänder hat an den gepfändeten „Sachen alle Rechte eines Faustpfandgläubigers und kann aus denselben Ersatz und Kosten fordern."

macht in das System des Pfandrechts einen schwerlich zu billigenden Bruch, indem es ein **gesetzliches** Faustpfand schafft (bei dem es an der nach §. 450 zum Faustpfande erforderlichen „**Uebergabe**" fehlt). Namentlich geht der Entwurf soweit, in §. 245 ein solches Zurückbehaltungsrecht auch dem Verpachter und Vermiether an den invecta et illata einzuräumen, während man hier sogar fragen möchte, ob denn bei diesen Gläubigern die Erfordernisse eines Retentionsrechts (daß man die Sache „in Gewahrsam erlangt" hat, §. 238), und namentlich die Erfordernisse eines Faustpfandes vorhanden sind, jedenfalls aber dieser Punkt noch weit genauer hätte bestimmt werden sollen.[34]

Außerdem möchte sich noch fragen lassen, wie sich der §. 244 zu den Neuerungen, die der Entwurf über Besitzklagen traf, verhalten soll. Dieser §. sagt nämlich (beim Retentionsrechte): „Ist „Jemandem die Gewahrsam der Sache widerrechtlich durch Ge„walt, Betrug oder heimlich entzogen worden, so verbleibt ihm „sein Recht, und er kann die Wiedereinräumung der Gewahrsam „sowohl von Demjenigen, welcher ihm solche entzogen, als von „jedem dritten Inhaber, welcher bei der **Erlangung** der „**Sache von der widerrechtlichen Entziehung** Kenntniß „**gehabt** hat, verlangen." Ist dieser §. nicht ganz überflüssig? oder wenn er etwas Besonderes sagen soll, steht er dann nicht im Widerspruche mit §§. 138, 139? Wer nämlich ein Retentionsrecht hat, ist ja Detentor der Sache; er kann sogar **Besitzer** seyn, z. B. wenn der Besitzer einer fremden, beweglichen Sache auf dieselbe nothwendigen Aufwand gemacht hat; ein Besitzer aber, und selbst ein bloßer Detentor, hat ja, wenn er auf die in §. 244 angeführte Weise in seinem Innehaben verletzt wird, die Rechtsmittel der §§. 138, 139, und diese gehen gegen einen dritten Besitzer nicht blos dann, wenn er von der widerrechtlichen Entziehung Kenntniß hatte, sondern auch, wenn er sie nur „vermuthen mußte," ferner (was freilich wieder eine nicht unbedenkliche Neuerung ist) gegen **jeden** dritten Besitzer, der die Sache ohne allen Rechtsgrund besitzt. Soll nun die Besitzklage desjenigen Besitzers und desjenigen

---

34) Um so mehr, als die neuere Literatur über das bestehende Recht auf die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung aufmerksam macht, vergl. **Heyne** in f. u. **Schwarze's** Untersuch. praktisch wichtiger Materien rc. S. 124 f., **Einert** in d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. rc. N. F. Bd. VII. S. 97 f.

Detentors, welcher ein Retentionsrecht an der Sache hat, beschränkter seyn, als die eines anderen Besitzers oder Detentors? Dies wäre nicht zu rechtfertigen. Soll sie aber nicht beschränkter seyn, was ist dann die Bedeutung des §. 244? soll etwa, weil die namenlose Klage des §. 244 nicht Besitzklage genannt ist, auf sie die Verjährung des §. 225 nicht anwendbar seyn? Dabei entsteht noch die Frage, ob bei §. 244 die Consequenzen der Bestimmung des §. 241 gehörig beachtet sind. Nach §. 241 hat der Retentionsberechtigte „die Rechte eines Pfandgläubigers"; ein Faustpfandgläubiger aber, welchem auf irgend eine Weise ohne seinen Willen die Sache aus dem Gewahrsam kam, hat ja (was freilich im Entwurfe nicht direct gesagt ist, aber zu folgern und nicht zu bezweifeln ist) eine dingliche Klage, also in der Regel ein Recht gegen jeden dritten Besitzer. Soll nun der §. 244 eine Beschränkung dieses Rechts bei dem mit dem Retentionsrechte verbundenen Pfandrechte enthalten? Dann müßte aber er und müßte der §. 241 doch wohl ganz anders gefaßt werden; auch läßt sich, wenn das Gesetz einmal die Prämisse, das Pfandrecht, setzt, eine solche Beschränkung gar nicht rechtfertigen.

Eine andere Neuerung bei dem Retentionsrechte enthält der §. 239. Die Sache soll herausgegeben werden müssen, wenn der Schuldner andere hinlängliche Sicherheit leiste. Hier entsteht zunächst das Bedenken, ob der Zweck des Retentionsrechts vollständig beachtet ist; denn dieser Zweck ist wohl nicht blos, eine Sicherhrit für die Forderung in Händen zu haben, sondern auch noch der, den Gegner dadurch, daß er die Sache, die er zu fordern hat, so lange missen muß, als er seine Schuld nicht erfüllt, zu rascher Erfüllung dieser Schuld indirect zu bewegen. Auch stimmt die Bestimmung des §. 239 nicht mit den Rechten eines Pfandgläubigers überein, welche ja nach dem Entwurfe der Retentionsberechtigte haben soll; denn ein Pfandgläubiger braucht doch nicht das Pfand herauszugeben, wenn ihm der Schuldner andere Sicherheit zu bieten bereit ist.

Beispiele mißlicher Neuerungen aus dem Sachenrechte.

Auch im Sachenrechte finden sich im Entwurfe sehr viele Aenderungen am bestehenden Rechte, auf welche das S. 11 Nr. 2 Gesagte Anwendung leiden möchte. Ich will hier zunächst einige der durchgreifenderen Aenderungen, die er beim Eigenthum

trifft, herausheben, wobei ich aber zugleich des Zusammenhanges wegen auch noch Mängel berühren werde, die eigentlich unter eine andere Kategorie fallen. Hierbei und namentlich bei dem Punkte, welchen ich zunächst berühren will, der Aufhebung des Unterschieds zwischen natürlichem und bürgerlichem Eigenthum, wird man es wohl entschuldigen, wenn ich von der Möglichkeit ausgehe, daß diese Blätter auch von einem nichtsächsischen Juristen und auch von einem Laien gelesen werden, und deßhalb etwas weiter aushole.

Der Entwurf hebt eine Unterscheidung beim Eigenthum an Grundstücken ganz auf, welche das Sächsische Recht — man kann wohl sagen, seit es überhaupt ein ausgebildetes Sächsisches Recht gibt — macht und die auch von der Gesetzgebung des Jahres 1843 festgehalten wurde. Das ältere Sächsische Recht, auf altdeutschem Rechte fußend, geht nämlich von dem Grundsatze aus, daß an Grundstücken das bürgerliche Eigenthum, das dominium civile, blos erworben werden könne durch gerichtliche Auflassung und Lehensreichung; nur durch die Ersitzung (in der Regel in 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen) konnte die Lehensauflassung insofern ersetzt werden, als auch sie das dominium civile gab. Durch alle andere Erwerbarten des Eigenthums, z. B. Uebergabe, Vermächtniß u. s. w., erlangte man blos ein dominium naturale. Ein solcher natürlicher Eigenthümer konnte zwar gegen die Sache selbst die Rechte eines Eigenthümers üben, der negatoria actio sich bedienen, die Sache Dritten mit der Publiciana actio, falls ihre Requisite im concreten Falle vorlagen, abfordern, auch gegen den Civileigenthümer auf Lehensauflassung und Uebertragung des Civileigenthums klagen; aber er konnte das Grundstück nicht mit dinglichen Lasten beschweren und hatte gegen Dritte nicht die Eigenthumsklage; in diesen Hinsichten und in öffentlichen Verhältnissen, z. B. bei Vortheilen der Ansässigkeit, galt nicht er als wahrer dominus, sondern immer noch der Auctor, bei welchem das dominium civile so lange zurückblieb, bis die Lehensauflassung und Reichung erfolgt war, und welcher daher auch die rei vindicatio gegen Dritte hatte, aber nur nicht gegen den natürlichen Eigenthümer, der ihn durch die exceptio rei traditae etc. abweisen konnte. Dieses Verhältniß hatte eine überraschende Aehnlichkeit mit der Duplicität des Eigenthums, wie wir sie im älteren Röm.

Rechte finden, dem s. g. quiritarischen und bonitarischen Eigenthum. — Die Gesetzgebung von 1843 behielt die Unterscheidung bei; nur setzte sie an die Stelle der gerichtlichen Lehensauflassung und Reichung den Eintrag in das Grund- und Hypotheken-Buch und beschränkte die Wirkungen der Ersitzung, indem auch die Ersitzung nur natürliches Eigenthum des Grundstücks verschaffen, gegen den Eingetragenen aber, so lange der Eintrag nicht gelöscht ist, weder Anfang noch Vollendung einer Ersitzung zulässig seyn soll. Dieses — das bisherige Recht.

Geht man bei einer neuen Gesetzgebung, von der es sich jetzt handelt, davon aus, daß das altdeutsche Institut der gerichtlichen Auflassung nicht restaurirt werden soll, so könnte man doch **die** Frage wohl nicht mit Unrecht aufwerfen, ob das junge Institut der Erwerbung des Eigenthums durch Eintragung in das Grundbuch und zwar als der ausschließlichen Erwerbart des Eigenthums beibehalten werden sollte, ob es nicht bedenklich sey, das wichtigste Vermögensrecht auf diese Weise bis auf einen gewissen Grad vom Papiere und vom Büreau abhängig zu machen, ob das Institut nicht in der Weise, wie das Gesetz v. 1843 und auch manche andere neuere Gesetzgebungen es feststellten, seinen Zweck und den Gedanken, der es veranlaßte, gleichsam überschieße, und dieser Zweck, wenn man ihn beibehalten sollte — die Sicherheit Derjenigen, die im Vertrauen auf das Grundbuch Rechte an der Sache erwerben — auch erreicht werden könnte, ohne für das Grundeigenthum jene ausschließliche Erwerbart festzusetzen[35], und ob nicht jedenfalls der Ersitzung die Bedeutung wieder beigelegt werden sollte, die sie im älteren Rechte hatte und welche durch die Erfahrung in der langen Zeit ihres Bestandes sich bewährte.

Will man aber das Institut der Eintragung in der Bedeutung beibehalten, wie es der Entwurf thut, so wird man doch dabei ganz anders verfahren müssen, als der Entwurf verfährt. Es wird nämlich vom Entwurfe die Unterscheidung in natürliches und bürgerliches Eigenthum an Grundstücken ganz aufgehoben; es soll nach ihm nur ein Eigenthum an Grundstücken geben und dieses nur durch Eintrag in das Grundbuch erworben werden können. Schwerlich möchte die Auf-

35) Vergl. auch Arndts in Schneider's Krit. Jahrbb. 1847. S. 823.

hebung dieser Unterscheidung durch Das sich motiviren, was die Motive dafür anführen (s. oben S. 19); vielmehr scheint dabei der wesentliche Gedanke unbeachtet geblieben zu seyn, auf welchen die Unterscheidung sich stützt. Daß sie „nur geeignet ist, die „Begriffe zu verwirren," dafür den Beweis zu führen, wird mehr als schwer seyn; vielmehr gibt uns eine mehr als hundertjährige Erfahrung in Sachsen den Beweis des Gegentheils. Weit näher möchte, wie nachher berührt werden wird, in den Bestimmungen des Entwurfes eine drohende Gefahr für Begriffsverwirrung liegen. Daß, wie die Motive meinen, das natürliche Eigenthum ein Recht sey, welches weder vom Staate noch von dritten Personen, die sich auf die Grundbücher stützen, als solches anerkannt zu werden brauche, läßt sich eben so wenig sagen. Die Motive geben ja zu, daß „wer ein Grundstück rechtmäßig er„worben und übergeben erhalten habe, ohne eingetragen zu seyn, „das Recht habe, den Eintrag zu verlangen," und daß ihm auch noch andere Rechte zukommen; diese Rechte hatte jedenfalls der natürliche Eigenthümer auch, und sie wurden vom Staate anerkannt und mußten von den Eingetragenen anerkannt werden. Daß aber, wenn gleich diese Rechte zum Theil nicht nothwendig auf eine Unterscheidung zwischen natürlichem und Civileigenthum gebaut zu werden brauchen, doch die Unterscheidung ihre Bedeutung behält, dies dürfte sich schon aus Dem ergeben, was oben über die Ersitzung des Eigenthums an Grundstücken und über die Unvereinbarkeiten, in welche hier der Entwurf führt, bemerkt wurde.

Sieht man aber auch von allem diesen ab oder hält man es nicht für begründet, so ist doch die Weise, wie der Entwurf den Erwerb des Eigenthums an Grundstücken durch den Eintrag in das Grundbuch legislativ behandelt, nicht zu billigen. Der Entwurf gibt über diese einzige Erwerbart, durch welche das wichtigste Vermögensrecht, das Eigenthum an Grundstücken, erworben werden kann, blos Bruchstücke, und zwar Bruchstücke, welche noch dazu manche Zweifel unerledigt lassen. Während er bei den Erwerbarten des Eigenthums an beweglichen Sachen Alles, was dazu erforderlich ist, theils genau bestimmt, theils wenigstens zu bestimmen versucht, gibt er gar nichts über die wichtige Frage, was denn zu beobachten ist bei dem Eigenthumserwerbe durch Eintrag in das Grundbuch, was Derjenige, der diesen Eintrag verlangt, nachzuweisen hat, wie er sein Recht auf Ein-

trag durchführen kann, wie es mit den Löschungen und ihren Wirkungen, wie es hier mit Vormerkungen gehalten werden soll; wir bekommen über alles dieses blos die folgenden Paragraphen:

§. 279. „An Grundstücken wird das Eigenthum nur durch „Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch erlangt. Wenn „gleich Jemand ein Recht hat, sie zu verlangen, so besteht doch, „so lange sie nicht erfolgt ist, nur ein Rechtstitel zur Erlangung „des Eigenthums. Was Derjenige, welcher sie verlangt, beizu„bringen, und was das Gericht hierbei zu beobachten habe, be„stimmen besondere Gesetze." §. 280. „Ebenso wird das Eigen„thum an Grundstücken nur durch die Eintragung eines anderen „Eigenthümers in das Grund- und Hypothekenbuch aufgehoben."

Liest man den zweiten Satz des §. 279, nach welchem auf „besondere Gesetze" verwiesen wird, so sollte man doch meinen, daß durch die **Gesetzgebung** jene ausgehobenen wichtigen Fragen über Erlangung des Eigenthums an Grundstücken entschieden werden sollen, wenn gleich es nicht zu billigen ist, daß gerade diese wichtigen, das bedeutendste Vermögensrecht betreffenden Fragen nicht im vorliegenden Gesetzbuche selbst entschieden werden, und so das Gesetzbuch über Eigenthumserwerb uns blos ein unbefriedigendes Fragment gibt.[36] Nach den Motiven aber ist selbst jene Voraussetzung eine irrige. Sie sagen zu §. 279: „Vorschriften der im zweiten Absatze des §. 279 gedachten Art „sind offenbar reglementärer Natur und deshalb Gegenstand „der politischen Gesetzgebung." Zunächst könnte man hier wieder über den Ausdruck rechten; denn wenn solche Vorschriften blos reglementärer Natur sind, so sind sie nicht Gegenstand der Gesetzgebung, sondern der Verfügungen und Verordnungen (vergl. auch Held a. a. O. S. 15 und Allg. Motive S. IV). Aber — was die Hauptsache ist — soll die Frage, was zur Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken erforderlich ist, was zu diesem Zwecke beigebracht und beobachtet werden muß, ferner die Frage über Vormerkungen und deren Wirkungen (die auch in diesem Punkte von Bedeutung seyn können) und Löschungen

---

36) Geht doch der Entwurf bei dem Pfandrechte, das ein minder wichtiges Recht als das Eigenthum ist, theilweise auf diese Fragen ein. In dieser Hinsicht hätte sich der Entwurf mehr an das Beispiel des Oesterreichischen Gesetzbuches und des Hessischen Entwurfes halten sollen.

und dergl., sollen diese Fragen dem Bereiche der Gesetzgebung nicht angehören, sondern blos reglementär seyn?

Außerdem scheint auch manchen Consequenzen des neuen Systems nicht die gehörige Beachtung geschenkt worden zu seyn. Einen der Zweifel, auf welche dies führt, habe ich schon oben S. 17 f. berührt; einen zweiten will ich noch anführen. Was ist nach dem Entwurfe beim Grundeigenthum ein rechtmäßiger Besitz und eine justa causa possessionis? Der §. 199 sagt unter der Rubrik: „Rechtmäßigkeit des Besitzes" Folgendes: „Jeder Titel ist rechtmäßig und zur Ersitzung hinreichend, wel- „cher zur Erwerbung des in Frage stehenden Gegenstandes taug- „lich gewesen wäre und durch welchen man denselben wirk- „lich erworben hätte, wenn er dem Vormanne zugestan- „den hätte." Hiernach gehört zur Rechtmäßigkeit des Besitzes, daß der Besitz sich auf einen solchen Erwerbsgrund stützt, „durch „welchen man den Gegenstand wirklich erworben hätte, wenn er „dem Vormanne zugestanden hätte".[37] Wie soll nun diese Bestimmung auf den Besitz eines Grundstückes angewendet werden? Es ist nach ihr der Besitz eines Grundstückes nur dann rechtmäßig, wenn sich dieser Besitz auf einen Grund stützt, durch welchen man das Grundstück wirklich erworben hätte, wenn es dem Vormanne zugestanden hätte. Nimmt man dies so genau, wie man es bei einem Gesetze soll, so würde sich daraus ergeben, daß zur Rechtmäßigkeit des Besitzes eines Grundstückes auch Eintrag in das Grundbuch nöthig sey; denn ohne Eintrag ist ja die wirkliche Erwerbung des Grundstückes nicht möglich; der §. aber fordert zur Rechtmäßigkeit des Besitzes, daß er auf einen Grund sich stütze, durch den man den Gegenstand wirklich erworben hätte, falls er dem Vormanne gehört haben würde. Oder soll man den §. 199 aus §. 279 ergänzen und ändern, und bei Grundstücken annehmen, der Besitz sey schon dann rechtmäßig, wenn der Besitzer blos einen Rechtstitel zur Erlangung des Eigenthums habe? Allein abgesehen davon, daß dann Anspruch auf Eigenthum (titulus adquirendi) verwechselt wird mit Grund des

37) Beiläufig bemerke ich, daß die Definition des §. 199, welche die Rechtmäßigkeit des Besitzes überhaupt, also auch die des Besitzes einer Servitut bestimmen will, auf den letzteren gar nicht paßt; denn bei einem Servitutenbesitze handelt es sich nicht von einem Gegenstande, „den man erworben hätte, wenn „**er** dem Vormanne zugestanden hätte."

Besitzes (titulus und causa possessionis), so würde dadurch die wesentliche Bedeutung der justa causa possessionis (namentlich als eines Requisits der Ersitzung, wovon der §. 199 spricht) auf eine nicht zu vertheidigende Weise alterirt werden; denn ein rechtmäßiger Titel, auf den der Besitz sich gründet, ist ein solcher Erwerbgrund des Besitzes der Sache, durch welchen der Besitzer zu der Annahme berechtigt wird, ihr Eigenthümer geworden zu seyn; der rechtmäßige Titel bildet gleichsam, wie Puchta es richtig ausdrückt, eine objective Grundlage der bona fides, durch welche in dem Ersitzenden die Ueberzeugung, Eigenthümer zu seyn, hervorgebracht werden konnte und hervorgebracht wurde. Dies ist aber bei dem Grundeigenthum gar nicht möglich, wenn der Besitzer nicht eingetragen ist, oder wenigstens nicht ohne groben Rechtsirrthum möglich, welcher nach §. 3 in einem solchen Falle nicht nachgesehen werden könnte. — Alles Dieses ist wieder gerade eines der Momente, durch welches das praktische Bedürfniß in Sachsen zur Unterscheidung in Civil- und Naturaleigenthum geführt wurde, eine Unterscheidung, durch deren Aufhebung der Entwurf in solche Verwicklungen geführt wird.

Während der Entwurf das natürliche Eigenthum und damit die bisherige Duplicität des Eigenthums aufhebt, die er nicht hätte aufheben sollen, schafft er eine neue Duplicität des Eigenthums, die er noch weniger hätte schaffen sollen, nämlich neben dem wirklichen wahren Eigenthum ein fingirtes.

Freilich, wenn man die Motive liest, sollte man meinen, daß dem nicht so sey; denn diese sagen (zu §. 356) in Beziehung auf die rei vindicatio und Publiciana actio: es sey dabei „aus „den zu §. 235 angegebenen Gründen[38] die Benennung und

38) Diese Gründe, auf welche ich unten noch einmal zurückzukommen Gelegenheit haben werde, beziehen sich überhaupt auf die ganze Art und Weise, wie der Entwurf in formeller Beziehung die Klagen behandelt. Die Motive zu §. 235 sagen nämlich: „Ein Actionenrecht, wie das Römische, konnte „nicht Aufnahme finden; denn dasselbe beruhte auf einem eigenthümlichen „Bildungsgange des Röm. Rechts, insonderheit auf dem Nebeneinandergelten „des jus civile und naturale, und war von hoher Wichtigkeit, weil es den Röm. „Juristen zur Erläuterung, Modification und Ergänzung der Gesetze diente und „die wichtigsten practischen Grundsätze, sowie die scharfsinnigsten Lösungen von „Zweifeln enthielt. Haben diese Grundsätze in das Gesetzbuch Aufnahme gefun„den, ist jene Unterscheidung einer doppelten Rechtsmasse geschwunden und „weicht alles Formelwesen der materiellen Gesetzmäßigkeit, so muß fortan die

„Trennung der verschiedenen Rechtsmittel zu vermeiden und „ebenso wenig dem im Oesterr. G.-B. §. 372 fg. deßhalb aufge- „stellten Unterschied zwischen wirklichem und vermuthetem Eigen- „thum, da er unnöthig, Aufnahme zu gewähren gewesen." Ich gestehe, daß ich diese Erklärung — der Entwurf stelle nicht ein wirkliches und vermuthetes oder fingirtes Eigenthum auf und er folge hierin nicht dem Oesterreichischen Gesetzbuche — nicht begreifen kann, wenn ich den §. 360 und 361 des Entwurfes lese und diese §§. mit §. 372 des Oesterreichischen Gesetzbuches vergleiche. In den §§. 358 und 359 ist von Demjenigen die Rede, welcher „vermöge seines Eigenthums einem Anderen „eine Sache abfordert." Es wird hier mit Recht bestimmt, ein solcher Kläger müsse beweisen, daß er das Eigenthum an der Sache erworben und der Beklagte sie inne habe, und dann fährt der Entwurf in §. 360 so fort: „Auch wenn er nur darthut, „daß der Streitgegenstand in Folge eines rechtmäßigen Erwerb- „titels auf ihn übertragen worden sey, wird er einem jeden schwächer „Berechtigten gegenüber als Eigenthümer angesehen. Ver- „gleiche jedoch §. 349".[39] Diesem fügt der §. 361 bei: „Haben

---

„Begründung aller Klagen und Einwendungen im Allgemeinen, „wie in Hinsicht der besonderen dadurch gemachten Ansprüche durch „eine Berufung auf die entsprechenden Gesetzesbestimmungen be- „wirkt werden, ohne daß kunstmäßige Namen Etwas zur Sache „thun können."

39) Dieser § steht mit der Frage der vorstehenden Untersuchung in keiner wesentlichen Beziehung; aber auch er enthält Neuerungen, welche nicht unbedenklich sind. Wenn dabei in den Motiven gesagt wird, „daß der Inhalt des §. 349 „sich im Hessischen Entwurfe vorfinde und nach der Auslegung Mancher „im §. 430 des Oesterr. G.-B. ausgedrückt seyn soll": so ist dagegen zu bemerken, daß diese Auslegung des Oesterr. G.-B. offenbar unrichtig ist (sein §. 430, welcher in jeder Hinsicht zu billigen ist, spricht gar nicht vom Falle unsres §. 349) und daß der Hessische Entwurf (es kann nur Tit. III. Art. 13 gemeint seyn) blos von dem Falle spricht, wenn „das Eigenthum des Vormannes „nicht erwiesen werden kann", also auch von einem zum Theile ganz anderen Falle, als unser §. 349. Der §. 349 handelt nämlich von dem Falle, wenn „ein Eigenthümer dieselbe Sache an verschiedene Personen veräußert." Für diesen Fall bestimmen die §§. 347 u. 348 ganz richtig, daß die Person der anderen vorgehe, welche durch Veräußerung (Uebergabe, beziehungsweise Eintrag in das Grundbuch) wirklich das Eigenthum erwarb (denn ist dies geschehen, so kann der gewesene Eigenthümer nicht mehr ein Eigenthum an der Sache der anderen Person übertragen und diese hat aus ihrem früher geschlossenen Veräußerungsvertrage blos ein persönliches Recht gegen denselben auf Ersatz).

„Mehrere auf einer unbeweglichen Sache Besitzhandlungen „ausgeübt, so ist in Ermangelung anderer Entscheidungsgründe „derjenige für den Eigenthümer zu halten, dessen Hand= „lungen in der Veränderung des Wesens, oder, wenn solche nicht „nachgewiesen werden, in der Beziehung der Hauptnutzungen „der Sache bestanden haben."

Nach diesen §§ soll also Derjenige, welcher nicht beweisen kann, daß er wirklicher Eigenthümer des Streitgegenstandes sey, welcher also nicht Eigenthümer ist — denn wenn er es zu be= weisen hat, aber nicht beweisen kann, so ist er dem Gesetze und seinen Gegnern gegenüber nicht Eigenthümer — es soll also ein Nichteigenthümer, wenn er nur darthut, „daß der Streitgegen= „stand in Folge eines rechtmäßigen Erwerbtitels auf ihn über= „tragen worden sey," gegenüber einem schwächer Berechtigten als Eigenthümer angesehen werden, und es wird von ihm ge= sagt, daß er „vermöge seines Eigenthums die Sache dem „Anderen abfordere" (vgl. das Subject „**er**" im §. 360 mit dem Subjecte des §. 358). Hierin liegt doch mit dürren Worten die Annahme eines fingirten Eigenthums im Gegensatze zum wirk= lichen Eigenthum, ganz wie sie das Oesterreichische G.=B. im Texte seines §. 372 enthält[40]; denn was soll Jemand, der ein Eigen= thum an der Sache nicht beweisen kann, aber nach §. 360 gegen= über gewissen anderen Personen „als Eigenthümer angesehen" wird, ferner was soll Derjenige, der gewisse Besitzhandlungen

Dann aber fährt der §. 349 fort: „Wenn aber derjenige, welchem nach §§. 347 „u. 348 der Vorzug gewährt wird, bei Abschluß des Geschäfts schon kannte „oder vermuthen mußte, daß einem Anderen aus einem früheren Titel ein „Recht auf die Sache (also blos ein persönlicher Anspruch) zustehe, so kann „er das durch die Uebergabe oder Eintragung erlangte Recht gegen diesen „Anderen nicht geltend machen." (Dieß ist neu, aber sehr ungenau aus= gedrückt, und besonders zweifelhaft wird der Sinn durch die Motive zu §. 349, welche diesen „Umstand" als einen solchen bezeichnen, „welcher dem Erwerbe des „Realrechts entgegensteht".) „Hat ein Dritter von ihm weitere Rechte ein= „geräumt erhalten, so steht diesem, dafern er seiner Seits in gutem Glauben „war, dieser Einwand nicht entgegen."

40) Dieser § lautet so: „Wenn der Kläger mit dem Beweise des erwor= „benen Eigenthums einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber „einen gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, „dargethan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen „oder doch nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den „wahren Eigenthümer gehalten." Damit vergl. man nun unsren §. 360.

auf einem Grundstücke ausübte und wegen derselben „in Er„mangelung anderer Entscheidungsgründe für den Eigen„thümer zu halten ist," was soll dieser anderes seyn, als ein fingirter Eigenthümer?

Zunächst möchte man hierbei fragen, wie eine solche Schöpfung eines fingirten Eigenthums vereinbar ist mit den Motiven; nicht blos mit der schon angeführten Stelle der Motive zu §. 356, in welcher direct gesagt ist, daß der Entwurf kein fingirtes Eigenthum kenne, sondern auch mit den materiellen Gründen, auf welche in einer anderen Beziehung die schon oben S. 19 angeführte Stelle der Motive zu §. 279 sich stützt. In dieser Stelle wird die Unterscheidung zwischen natürlichem und Civileigenthum verworfen, weil „die Bezeichnung eines Eigenthumsrechts „nicht auf ein Recht angewendet werden kann, welches weder von „dem Staate noch auch wegen der Oeffentlichkeit der Grundbücher „von dritten Personen, die sich auf letztere stützen, als solches an„erkannt zu werden braucht." Hier aber, im §. 360, wird nun doch „die Bezeichnung eines Eigenthumsrechts" auf ein Recht angewendet, welches in dem Sinne, den die Motive mit den folgenden Worten verbinden, „eben so wenig vom Staate, noch „von Dritten, die sich auf die Grundbücher stützen, als solches „anerkannt zu werden braucht;" es soll nach §§. 360 und 361 Jemand als Eigenthümer einer Sache angesehen oder für den Eigenthümer gehalten werden, welcher jedenfalls nicht mehr Rechte und nicht stärkere Rechte an der Sache hat, als der natürliche Eigenthümer des älteren Rechts. Wie lassen sich diese Motive irgend in Einklang bringen mit dem Inhalte der §§. 360 und 361? Während ferner nach jener Stelle der Motive die Unterscheidung in natürliches und bürgerliches Eigenthum nur geeignet seyn soll, die Begriffe zu verwirren (was in der That, wie schon oben bemerkt wurde, nicht der Fall ist), wird hier im §. 360 eine Unterscheidung geschaffen, die wirklich zu einer Begriffsverwirrung führen muß.[41] Ist, wenn der Entwurf an anderen Stellen ganz

41) Es gibt allerdings viele Civilisten, welche die zur Publiciana actio berechtigende, titulirte bonae fidei possessio ein fingirtes oder putatives Eigenthum nennen. Allein eines Theils vermeiden diese meist eine Verwirrung dadurch, daß sie, wenn sie vom Eigenthum ohne Beisatz sprechen, blos das wahre meinen, und wenn sie von jenem fingirten sprechen wollen, dies jedesmal durch die nöthigen Beisätze bezeichnen, während der Entwurf sich stets blos

allgemein von dem „Eigenthümer" einer Sache spricht, darunter blos der wirkliche oder auch der fingirte Eigenthümer der Sache zu verstehen? ist z. B. in §. 367 (siehe oben S. 39, 40) unter dem „Eigenthümer," ist ferner im §. 522 bei den Worten „selbst Eigenthümer zu sein" (oben S. 33), blos der wahre oder ist auch der fingirte Eigenthümer des §. 360 gemeint?

Wie so diese Schöpfung eines fingirten Eigenthümers und seine Bezeichnung durch „Eigenthümer" überhaupt viele Zweifel herbeiführt, so führte sie auch noch weiter zu der Vermischung zweier von einander in ihrer ganzen Grundlage wesentlich verschiedenen Klagen, der rei vindicatio und der Publiciana actio, einer Vermischung, gegen welche mit Recht gerade Sächsische Juristen auf tüchtige Weise warnen. Es wird auf diese Weise das natürliche, wahre Verhältniß verwischt, Unsicherheit nicht nur in die ganze Terminologie, sondern auch in die Rechtsverhältnisse selbst und ihre Behandlung gebracht, ähnlich wie es das ältere Deutsche Recht zum Theil mit der Gewere machte. Aber sollen wir, möchte ich, den allgemeinen Motiven mich anschließend,

---

der Bezeichnung „Eigenthum" bedient; anderntheils ist eben auch jene Terminologie jener Civilisten eine nicht zu billigende. Was sie fingirtes Eigenthum nennen, ist gar kein Eigenthum, und deshalb wendeten auch die Römischen Juristen und das Römische Recht auf dieses Verhältniß nicht die Bezeichnungen des Eigenthums an. Die Fiction, von der hier das Röm. R. spricht, und welche zu dem Irrthum Veranlassung gab, hatte eine blos historische Beziehung. Um nämlich Demjenigen, der eine Sache bona fide und justo titulo erworben hatte, ohne dadurch ihr Eigenthümer geworden zu seyn, gegen einen dritten, schlechteren Besitzer der Sache eine dingliche Klage, die Publiciana actio, geben zu können, mußte der Prätor im altrömischen Formularprozesse die Einführung der Klage prozessualisch dadurch vermitteln, daß er die formula actionis, die dem Eigenthümer zustand, auf diese Fälle ausdehnte, aber in der Klagformel das bei ihnen fehlende Moment des Eigenthums durch eine Fiction ergänzte, also die Formel auf eine Fiction eines durch usucapio erworbenen quiritarischen Eigenthums stützte, eine actio in rem utilis fictitia gab (Cajus Inst. IV. §. 36). Diese Fiction aber ist, nachdem einmal das Recht zur Publiciana festgestellt und mit der Aufhebung des Formularprozesses der Gebrauch der formulae abgekommen war, etwas schon für das spätere Römische Recht und vollends für uns völlig Bedeutungsloses, und darauf ein fingirtes Eigenthum gründen zu wollen, muß zu Mißgriffen führen. Vollends aber in einer neuen Gesetzgebung ein solches fingirtes Eigenthum beizubehalten, dies würde ein ganz eigenes und in dieser Weise jedenfalls nicht motivirtes Anschließen an antiquirte Römische Klagformeln seyn.

fragen, in scharfer Sonderung des wesentlich Verschiedenen und der dadurch ermöglichten sicheren Durchführung des jedem Verhältnisse nach seiner eigenthümlichen Natur Angemessenen eine Errungenschaft des Römischen Rechts aufgeben und zu einem Amalgamiren des Heterogenen zurückkehren?

Die Aufhebung des natürlichen und die Schaffung des fingirten Eigenthums führt auch noch in anderen Beziehungen zu Zweifeln, namentlich im Falle der Ersitzung von Grundstücken. Wenn z. B. der A ein Grundstück, auf welches Niemand im Grundbuche eingetragen ist, justo titulo besitzt, dieses Grundstück aber vom B früher ersessen worden war (nach §. 209), kann hier der B gegen den A mit einer Klage auf Herausgabe des Grundstückes auftreten? Hat Derjenige, welcher ein Grundstück ersessen hat, (so lange er noch nicht eingetragen ist) nach dem Entwurfe ein stärkeres Recht am Grundstücke, als ein Besitzer, der es noch nicht ersessen hat? Jener konnte ja durch die Ersitzung nicht wirklicher Eigenthümer geworden seyn, da er nicht eingetragen ist und der Entwurf ein Naturaleigenthum verwirft; fingirter Eigenthümer des Grundstückes im Sinne des Entwurfes war er aber ja schon vor der Ersitzung durch seinen titulirten Besitz; wodurch soll er sich nun von dem anderen fingirten Eigenthümer, der noch nicht ersessen hat, unterscheiden? wie soll durch die Verjährung der B ein stärkeres Recht am Grundstücke erhalten haben, als das Recht des A, des gegenwärtigen Besitzers, ist, da ja auch dieser ein fingirter Eigenthümer nach dem Entwurfe ist?

Eine andere sehr weitgreifende Aenderung am bestehenden Rechte über Erwerb und Verlust des Eigenthums und über die Rechte des Eigenthümers enthalten die §§. 274—277. Unser bestehendes Recht geht beim Rechtserwerbe überhaupt und somit auch bei dem Eigenthumserwerbe von dem Grundsatze aus, daß man, was man nicht hat, auf Andere nicht übertragen kann, daß daher der Nachfolger von seinem Vorgänger nicht mehr, als dieser selbst hatte, erwerben, überhaupt das durch die Nachfolge erworbene Recht nicht ein besseres und umfassenderes seyn kann, als es beim Vorgänger war, und daß daher, wenn Jemand eine ihm nicht gehörige Sache an einen Anderen veräußert, dieser durch eine solche Veräußerung nicht das Eigenthum der Sache erwerben kann, eben weil sein Veräußerer ein Recht, das er nicht

hatte, nicht übertragen konnte. Von diesem Grundsatze macht das Römische Recht nur eine (durch Constitutionen späterer Kaiser eingeführte) sehr ungerechte Ausnahme zu Gunsten des Fiscus, welche aber in Sachsen nicht gilt. Allein Gesetzgebungen der neueren Zeit glaubten dem Verkehre dadurch besondere Rechnung tragen zu müssen, daß sie eine Reihe sehr bedeutender Ausnahmen von jenem eben so gerechten wie natürlichen Grundsatze machten. An diese Gesetzgebungen schließt sich auch der Entwurf an, indem er in vielen Fällen den Veräußerungen, welche ein Nichteigenthümer vornimmt, die Wirkung zuschreibt, daß dadurch der Erwerber das Eigenthum der Sache bekommt und der wahre Eigenthümer es verliert.

Es gibt dadurch der Entwurf einer Richtung der neueren Zeit nach, welche um einer wirklichen oder vermeintlichen Sicherheit des Verkehrs willen das wichtigste Vermögensrecht, die Grundlage allen Vermögens, das Eigenthum, vielfach ganz unsicher macht. Diese Richtung in der Weise, wie ihr zum Theile von neueren Gesetzgebungen und noch mehr in der Weise, wie ihr von dem noch weitergehenden Entwurfe Geltung gegeben wird, ist entschieden gegen das Rechtsprincip, führt zu großen Härten und Ungerechtigkeiten, gibt auf eine, wie mir scheint, in ihrer Ausdehnung nicht zu rechtfertigende Weise dem Hange der Zeit, das Recht vermeintlichen Interessen zu opfern, viel zu sehr nach und wird in ihrer Nothwendigkeit keineswegs durch die Erfahrungen der bisherigen Zeit unterstützt, in welcher der Verkehr nach allen Richtungen blühen konnte, ohne eines solchen Schutzes auf Kosten des Rechts zu bedürfen. Freilich wird es, wenigstens in einzelnen Beziehungen, vergeblich seyn, gegen diese Richtung mit Erfolg zu sprechen. Dies darf aber von einer Prüfung derselben nach ihrer rechtlichen und politischen Seite nicht abhalten, besonders da ihr der Entwurf sogar in weit größerer Ausdehnung huldigt, als dies, so viel ich weiß, in anderen Gesetzgebungen[42] der Fall ist.

Der Entwurf unterscheidet nämlich bei dem Erwerbe einer beweglichen Sache, welche man von einem Nichteigenthümer erhält, den blos äußerlich rechtmäßigen, wenn auch unred-

---

42) Von solchen Bestimmungen neuerer Gesetzgebungen sagt Gerber Deutsches Privatr. 3. Aufl. S. 231: „In dieser Erschütterung des Eigenthums liegt eine unweise Begünstigung des Obligationenrechtes."

lichen, und den redlichen Erwerb. Er legt, was den Ersteren betrifft, bei Geld, sey es Metallgeld oder Papiergeld, dem blos äußerlich rechtmäßigen Erwerbe die Wirkung bei, das Eigenthum am fremden Gelde zu verschaffen, wenn man es auch in unredlicher Weise vom Nichteigenthümer erwarb. Der §. 274 sagt nämlich:

„Bei Geld, wenn es zur Erfüllung eines entgeltlichen Ver„trages, zur Erstattung zugezogener Schäden oder als Rückzah„lung entrichtet wird, hat die blose Rechtmäßigkeit der Er„werbung die sofortige Erlangung des Eigenthums für den „Erwerbenden und dessen Verlust für den zeitherigen Eigenthümer „zur Folge."

Welchen bedenklichen Vorschub kann, was die politische Seite betrifft, diese, wenn ich nicht irre, dem Entwurfe eigenthümliche Bestimmung dem Diebstahle, der Unterschlagung und anderen Mißbräuchen leisten! Und was die rechtliche Seite betrifft, wie sehr streitet sie gegen alles Recht, namentlich wenn man beachtet, daß der §. blos äußerliche Rechtmäßigkeit, nicht aber Redlichkeit der Erwerbung verlangt.[43] Wenn also z. B. mein Diener mir Geld stiehlt oder unterschlägt und einem Dritten damit eine eigene oder fremde Darlehenschuld bezahlt: so verliere ich sofort durch diese Handlung des Entwenders mein Eigen-

43) Auch zu manchen Zweifeln kann die Bestimmung Veranlassung geben. Was ist nach dem Entwurfe „die bloße Rechtmäßigkeit der Erwerbung"? Ist sie auch vorhanden, wenn ein Veräußerungsunfähiger zahlt? Wollte man es deshalb verneinen, weil ein Veräußerungsunfähiger kein Eigenthum übertragen könne: so wäre zu erwiedern, daß Dieses ja an sich auch in dem Falle so sey, wenn Jemand fremdes Geld zahlt, der Entwurf aber durch seine allg. Bestimmung solche Zahlungen für gültig erklären wolle. Wenn ein Schuldner, über welchen Concurs ausgebrochen ist, Zahlungen an einen Gläubiger macht, so soll nach §. 2100 die Zahlung ungültig seyn. Macht hiervon nicht die spezielle Bestimmung über Geld, welche der §. 274 enthält, eine Ausnahme? besonders da die Motive davon ausgehen, daß diese Ausnahme eine Consequenz der Natur des Geldes überhaupt sey? Ferner: bezieht sich die Bestimmung des §. 274 auch auf den Fall, wenn Jemand freiwillig die Schuld eines Dritten bezahlt (§. 969)? Nach den Worten des §§. 274 ist dieses zu bejahen. — Endlich möchte man noch fragen, aus welchem Grunde die §§. 274—278 im Abschnitte „von der Erwerbung des Eigenthums durch Uebergabe" (§. 338 f.) nicht stehen, da sie ja lediglich von Fällen handeln, in welchen das Eigenthum durch Uebergabe (von Seiten eines Nichteigenthümers) erworben wird.

thum am Gelde, sollte ich auch nachweisen können, daß die gezahlten Geldrollen oder Papiergeldpakete sich noch unvermischt und unverändert in den Händen des Empfängers oder dessen, der sie vom Empfänger bekam, befinden und daß sie mir gehörten; ja ich verliere mein Eigenthum in diesem Falle selbst dann, wenn der Empfänger in mala fide war, wenn er beim Empfange wußte, daß mir das Geld gestohlen oder unterschlagen wurde! Daß eine solche Bestimmung nach dem Rechtsbegriffe in keiner Weise zu rechtfertigen ist, darüber wird doch wohl kein Zweifel seyn. Die Motive führen dafür an: „da das Geld, es „mag baares oder Papiergeld, aufgezählt oder verpackt seyn, „nicht seiner species wegen, sondern nur als Werthmesser und „allgemeines Tauschmittel erworben und ausgegeben wird, so „war man der Ansicht, daß in der Regel schon die blose Recht„mäßigkeit des Erwerbes auch ohne redlichen Glauben die „sofortige Erwerbung des Eigenthums zur Folge haben müsse." Allein für die vorliegende Frage ist doch in der That die Natur des Geldes, als eines allgemeinen Tauschmittels, ohne alle Bedeutung[44] und durch sie kann jene alle Rechtsprincipien verletzende Folge nicht entfernt gerechtfertigt werden. Die Motive geben selbst auf derselben Seite zu, daß der Röm. Grundsatz: ubi rem meam invenio, ibi vindico „die Consequenz des recht„lichen Princips, welches im Wesen des Eigenthums liege, für „sich habe." Wie aber diese Consequenz gebrochen werden soll beim Gelde durch seine Natur als eines allgemeinen Tauschmittels, ist nicht einzusehen; denn was die Motive weiter gegen die Festhaltung dieser Consequenz sagen, bezieht sich nicht auf den angeführten Fall des §. 274, sondern auf den Fall des §. 275, auf die **redliche** Erwerbung fremden Gutes. Aber auch in diesen Fällen geht der Entwurf zu weit und auch hier geht er noch über das Oesterreichische Gesetzbuch hinaus.

Es soll nämlich nach §. 275, wenn Jemand von einem Anderen bewegliche Sachen, welche Diesem nicht gehören, erwirbt, „die redliche Erwerbung," also die bona fides bei der Erwerbung, das Eigenthum der Sachen verschaffen, somit den bisherigen

---

44) Etwas Anderes ist es natürlich, wenn das gezahlte Geld mit anderem so vermischt wurde, daß sich nicht ermitteln läßt, welche Stücke die gezahlten waren.

Eigenthümer um sein Eigenthum bringen, in folgenden Fällen: „1) bei Sachen, die Jemand aus einer öffentlichen Versteigerung „erwirbt, welche von einer Behörde, oder in deren Auftrage, oder „von einer im Allgemeinen zu dergleichen Versteigerungen ver„pflichteten Person bewirkt worden ist; 2) bei Sachen, die man „von Personen, welche befugt sind, mit ihnen Handel als ein „Gewerbe zu treiben, gegen Entgelt erwirbt; 3) bei Gelde, auch „in anderen, als in den §. 274 angegebenen Fällen der Veraus„gabung; 4) bei öffentlichen, auf den Inhaber gestellten Credit„papieren, wenn nicht entweder auf ihnen selbst bei ihrer Aus„stellung bemerkt worden ist, daß sie der Vindication unterliegen „sollen, oder sie nicht durch eine nach den bestehenden inländischen „und ausländischen Vorschriften darauf gebrachte Bemerkung „außer Cours gesetzt oder für Eigenthum einer bestimmten Person „erklärt worden sind."

Die letztere Bestimmung (Nr. 4) ist in Sachsen seit dem Jahre 1846 allerdings bestehendes Recht; allein auch in dieser Beschränkung auf öffentliche Creditpapiere, die auf den Inhaber gestellt sind, ist sie nicht unbedenklich, wenn der Fall ein solcher ist, in welchem der wahre Eigenthümer die Identität des ihm abhanden gekommenen Papieres nachweisen kann. Aber ihr eine noch größere Ausdehnung, eine Ausdehnung auf alle unter Nr. 1—3 angeführte Fälle zu geben, dies möchte sich schwer rechtfertigen lassen. Wenn also ein Trödler gestohlene Sachen verkauft, wenn eine zu öffentlichen Versteigerungen verpflichtete Person bei einer solchen Versteigerung Pretiosen versteigert, welche Dem, dessen Sachen versteigert werden, angeblich aber nicht wirklich gehörten, wenn Jemand Geld, das er gestohlen oder unterschlagen hat, einem Dritten schenkt und dieser in gutem Glauben das Geld annimmt: so soll in solchen Fällen der wahre Eigenthümer der Sache sein Eigenthum sofort verlieren und der Erwerber ohne Weiteres Eigenthümer der Sache werden! Die Motive geben selbst zu, daß dies ganz gegen die Consequenz des im Wesen des Eigenthums liegenden rechtlichen Princips sey; sie geben ferner zu, es sey an sich ganz richtig, daß der Staat das Recht des Eigenthümers vor willkürlichen Eingriffen und unredlichem Gebaren sichern müsse; sie werfen aber dabei dem Röm. Rechte vor, es habe „zu wenig beachtet, daß auf der anderen Seite der „redliche Erwerber ebenfalls seinen Anspruch auf staatlichen Schutz

„habe, und daß ein solcher Schutz dem öffentlichen Interesse um „so mehr entspreche, als er nicht nur das Vertrauen der Staats„bürger unter sich und zu dem Staate erwecke und erhalte, son„dern neben diesem moralischen Gewinne auch noch pecuniäre „Vortheile dadurch mit sich bringe, daß die Sicherheit des „Eigenthums auch den Werth desselben erhöhe.“ Gerade in dieser Motivirung, möchte ich sagen, liegen entschiedene Gründe zur Verwerfung der Bestimmung des §. 275; denn durch diesen § wird die Sicherheit des Eigenthums und dadurch der Werth desselben nicht erhöht, sondern gebrochen, das Eigenthum, wie Gerber treffend es bezeichnet, erschüttert; von einem moralischen Gewinne kann man doch wohl bei einem solchen Erwerbe, der auf Kosten des wahren Berechtigten geht, nicht sprechen, und ein solcher Schutz wird das Vertrauen der wahren Berechtigten zu dem Staate nicht heben. Zwar ist zuzugeben, daß ein redlicher Erwerber ebenfalls Ansprüche auf staatlichen Schutz hat; aber es ist hierbei, wie es vom Römischen Rechte geschah, das rechte Maaß zu beachten, und dieses liegt doch wohl nicht darin, daß, wenn der redliche Erwerber in Conflict mit dem wohlerworbenen Rechte eines Eigenthümers kommt, dieses wohlerworbene Recht durch die bloße Form des redlichen Erwerbes gebrochen werden soll. Vielmehr wenn der redliche Erwerber in Conflict mit einem bestehenden, wohl erworbenen Rechte kommt: so hat der redliche Erwerber den Schaden, der sich für ihn daraus ergibt, als Unglück zu tragen und er mag sich an Den halten, von welchem er die Sache erwarb; aber wie soll es gerechtfertigt werden, daß ihm auf Kosten des wahrhaft Berechtigten, des Eigenthümers, geholfen würde? besonders da, wie die Motive selbst an einem anderen Orte (zu §. 149) anerkennen, die Uebermacht des Rechts (des Eigenthums) über den blosen, wenn auch redlichen und titulirten, Besitz nicht nur „aus inneren Gründen des Rechts“ folgt, „sondern auch im Allgemeinen die Billigkeit „für sich hat, da dem Besitzer, welcher den Vormann „kennt, es in der Regel leichter fallen wird, sich wegen „seines Schadens an diesem zu erholen, als dem Eigen„thümer, welcher den Vormann häufig gar nicht kennen „kann.“ —

Wenn so Rechtsconsequenz und Billigkeit für den Schutz des Eigenthums sprechen, so wird es nur noch auf die speziellen

Gründe ankommen, welche die Motive für die Bestimmungen des §. 275 anführen. Allein durch diese möchte eine solche Abweichung von Rechtsconsequenz und Billigkeit sich nicht rechtfertigen. Für den Satz unter Nr. 1 wird nämlich noch besonders angeführt „die Rücksicht auf die fides publica,“ und „weil Behörden vor„sichtig zu Werke gehen müssen, weil den Auctionatoren nach ihren „Instructionen eine gleiche Verpflichtung obliegt und weil die „letzteren meist Sachen verschiedener Eigenthümer gemischt verstei„gern, so daß der Käufer oft nicht wissen könne, wessen Sache er „erstehe.“ Allein die fides publica soll doch nicht so weit gehen, wohl erworbene Rechte zu brechen, und vollends zu weit ist es gegangen, jeder „im Allgemeinen zu dergleichen Verstei„gerungen verpflichteten Person“ eine so weit reichende fides publica einzuräumen; auch kann die Vorsicht einer solchen Person, selbst die einer Behörde, in solchen Fällen nicht immer ein genügender Schutz für das Eigenthum genannt werden. Wenn sie aber minder vorsichtig oder gar unredlich handelte oder bei aller Vorsicht irre geführt wurde: so möchten doch Billigkeit wie Gerechtigkeit fordern, daß die Folgen zunächst Derjenige zu tragen habe, welcher mit ihr verhandelte und durch ihre Vermittelung erwarb, nicht aber der dem Acte ganz fremde Eigenthümer und wahrhaft Berechtigte darunter leiden und auf den sehr zweifelhaften Erfolg einer Regreßklage sich verweisen lassen soll. Ferner wird für den Satz unter Nr. 2 angeführt, „wenn der Staat oder eine öffent„liche Behörde den Handel mit gewissen Sachen als ein Gewerbe „gestatte, so habe auch der redliche Erwerber derselben einen An„spruch darauf, daß er in seinem Rechte geschützt werde.“ Ich gestehe, diese Consequenz nicht einzusehen, wenn sie dahin führen soll, den wahren Eigenthümer um sein gutes und wohlerworbenes Recht, um sein Eigenthum auf eine dem Rechtsprincip widersprechende Weise zu bringen. Die Motive fügen hier bei: „ein „aus dem Handel unredlicher Trödler zu entlehnendes Be„denken verliert an Gewicht, wenn hiermit die bei dem Besitze „getroffene Bestimmung zusammengehalten wird, wonach die Un„redlichkeit schon durch die Vermuthung eines fremden Rechts „begründet wird und aus den Umständen nachgewiesen werden „kann.“ Allein dieses letztere Moment schützt ja nicht gegen den unredlichen oder unvorsichtigen Trödler, da die Wirkung des §. 275 nicht von der Redlichkeit des Veräußerers, sondern

von der des Erwerbers abhängt. Wenn daher Trödler oder Antiquare gestohlene und unterschlagene Sachen sogar wissentlich und gar im Complott mit den Entwendern an einen Dritten verkaufen: so erwirbt dieser Dritte nach §. 275 das Eigenthum der Sachen, wenn nur er in redlichem Glauben war. Diesem Dritten aber die Unredlichkeit in solchen Fällen nachzuweisen, wird für den Eigenthümer überaus schwer seyn, selbst wenn man mit dem Entwurfe die Unredlichkeit auf ein Vermuthenmüssen des fremden Rechtes ausdehnt. Und dann möchte doch wohl noch die Frage entstehen, ob eine Bestimmung des Gesetzes (§. 275 Nr. 2) sich rechtfertigt, deren bedenkliche Seiten nur dadurch gemindert (nicht einmal gehoben) werden sollen, daß man auf ein Correctiv hinweist (auf die Ausdehnung des Begriffes der Unredlichkeit), das selbst die größten Bedenken gegen sich hat (oben S. 49 f.).

Die Motive scheinen auch noch davon auszugehen, daß der Grundsatz des altdeutschen Rechtes „Hand muß Hand wahren" im Gegensatze zu dem Römischen Grundsatze: ubi rem meam invenio u. s. w. für die berührten Bestimmungen spreche. Allein dieser Grundsatz bezieht sich ja auf völlig andere Fälle und hat eine wesentlich andere Bedeutung, und Das was die §§. 274 und 275 bestimmen, stimmt sowenig mit dem altdeutschen, wie mit dem Römischen Rechte überein. Würde es aber auch mit dem altdeutschen Grundsatze übereinstimmen, so ist zu beachten, daß dieser Grundsatz in Sachsen längst verworfen ist, es sich also hier von einer Einführung neuen Rechtes handelt.

Endlich hätte der Entwurf, indem er in §. 277 die Bestimmung des Gesetzes vom 8. Juni 1846 beibehält und demgemäß das im §. 275 Nr. 4 Gesagte unter Anderem auf andere auf jeden Inhaber im Auslande ausgestellte Creditpapiere dann erstreckt, „wenn die im Auslande ausgestellten Papiere nach den „Gesetzen des Ortes der Ausstellung von der Vindication „ausgeschlossen sind" — er hätte bei dem Beibehalten dieser, schon an sich bedenklichen, Bestimmung ihr Verhältniß zu den Grundsätzen des allgemeinen Theiles doch wohl mehr berücksichtigen sollen. Denn durch diese Bestimmung wird fremdem Rechte eine Anwendung eingeräumt, die mit den Principien der ersten Abtheilung des allgemeinen Theiles, namentlich mit §. 11, sich nicht in Einklang setzen lassen wird, und sie involvirt einen Grundsatz (den Grundsatz, daß die rechtlichen Wirkungen eines

an einer beweglichen Sache im Auslande erworbenen Rechtes, wenn diese Sache in das Inland kommt, nach ausländischen Gesetzen zu beurtheilen seyen), welcher, consequent angewendet, noch viel weiter führen müßte, sich aber legislativ nicht rechtfertigen läßt.

Eine zweite große Neuerung, die in diesen Beziehungen der Entwurf enthält, bezieht sich auf den schon erwähnten altdeutschen, übrigens bekanntlich in seiner Ausdehnung sehr bestrittenen und verschieden aufgefaßten Grundsatz Hand muß Hand wahren. Der §. 357 bestimmt nämlich bei der Eigenthumsklage: „Wer die „Sache in redlichem Glauben von Jemandem an sich gebracht hat, „welchem sie der Eigenthümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder aus einer anderen Absicht anvertraut hat, muß zwar in „der Regel (§. 1266) ebenfalls die Sache an den Eigenthümer herausgeben, kann aber das dafür bezahlte Entgelt, soweit es nicht „den gegenwärtigen Werth übersteigt, von ihm erstattet verlangen." Die Motive bemerken zu diesem §., daß sein Inhalt hervorgegangen sey „aus einer Verschmelzung der beiden in den Motiven „zu §. 274 erwähnten Regeln des Römischen und altdeutschen „Rechtes [vergl. oben S. 81]. Während der Römische Grundsatz „in seiner Anwendung auf Verhältnisse der in Rede stehenden „Art von dem Vorwurfe der Unbilligkeit um deswillen mit Recht „getroffen werde, weil eines Theils die Schuld der widerrechtlichen Veräußerung dem Eigenthümer, der seine Sache einem Unwürdigen anvertraute, mehr zur Last falle, als dem im guten „Glauben befindlichen Erwerber, anderen Theils auch die Schädenverfolgung dem mit den Verhältnissen des Veräußerers besser vertrauten Eigenthümer eher gelingen werde, als dem Besitzer, so verstoße der Deutsche Grundsatz nicht nur bei unentgeltlichen, sondern „auch bei entgeltlichen Geschäften, wo das Entgelt ein unverhältnißmäßig geringes seyn könne, augenscheinlich gegen die aus der absoluten Natur des Eigenthums zu ziehende Consequenz ungehinderter „Rechtsverfolgung." — Mehr als uneigentlich ist es doch wohl, wenn die Motive von einer „Schuld der widerrechtlichen Veräußerung," die dem Eigenthümer zur Last falle, sprechen, während hier der Eigenthümer in gar keinem Rechtsverhältnisse zu dem Dritten steht, in welchem er Etwas gegen Diesen verschulden könnte, und selbst wenn man hier von Schuld sprechen wollte, im concreten Falle unzählige Male jedes den Vorwurf einer Fahr-

lässigkeit oder Schuld begründende Moment bei einem solchen Anvertrauen einer Sache fehlen wird. Was aber den zweiten Grund, das Gelingen der Schädenverfolgung betrifft, so wird das prozessualische Durchführen und Gelingen der Klage in vielen Fällen dem redlichen Erwerber, der ja seinen Vormann kennt, ebenso möglich seyn, als dem Eigenthümer; anderntheils wird es nur zu häufig in solchen Fällen nicht auf das prozessualische Gelingen, sondern nur auf die Solvenz des Beklagten, auf die Möglichkeit der Execution ankommen, und in dieser Hinsicht hat ja der Eigenthümer keine bessere Lage, als der redliche Erwerber. Ebensowenig aber kann eine Rechtfertigung des Paragraphen in der vermeintlichen Verschmelzung Römischer und Deutscher Grundsätze liegen. So völlig Heterogenes läßt sich nicht wahrhaft verschmelzen; es wird hier an eine Prämisse eines Deutschen Instituts (Anvertrauen) eine Folge geknüpft, die weder Römisch noch Deutsch ist. Zuzugeben ist aber allerdings, daß die Bestimmung des §. 357 einer reinen Wiederherstellung des altdeutschen Grundsatzes vorzuziehen seyn würde; nur ist es eine andere Frage, ob sie an sich zu rechtfertigen ist, und namentlich, ob die Einführung einer solchen Beschränkung der Vindication in einem Staate gehörig motivirt ist, in welchem der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" durch Gewohnheitsrecht abgeschafft wurde und ein solcher Grundsatz in dem Rechtsgefühle des Volkes ein unterstützendes Moment nicht findet. Noch mehr aber möchte es die Frage sein, ob nicht der Entwurf jedenfalls, wenn ein solcher Grundsatz wieder eingeführt werden sollte, in seiner Bestimmung viel zu weit ging, ob er nicht ähnliche Beschränkungen, wie sie das Lübische und Hamburgische Recht machen, hätte beachten und namentlich von seiner Disposition den Fall der den Dienstboten und Handwerkern anvertrauten Sachen hätte ausnehmen sollen; denn dadurch, daß die Bestimmung des Entwurfes sich auch auf diese Fälle bezieht, wird der Eigenthümer in seinen Rechten auf das Gefährlichste und auf eine Weise bedroht, gegen die ihn auch eine ängstliche Vorsicht nicht gehörig schützen kann.

Auch in specielleren Beziehungen enthält der Entwurf im Sachenrechte eine Menge Aenderungen des bestehenden Rechts, auf welche zum großen Theile das Frühergesagte Anwendung eiden möchte. Ich will hier nur noch einige Beispiele aus den

Bestimmungen über Erwerb des Eigenthums und über persönliche Dienstbarkeiten, insbesondere über Nießbrauch anführen.[45]

Die Grundsätze des bestehenden Rechts über Erwerbung des Eigenthums durch Specification werden von dem Entwurfe völlig umgeändert, aber in einer Weise, welche uns über den Sinn des Entwurfes in seinem ganzen Umfange gar nicht

45) Will der Leser noch andere Beispiele für das Gesagte erwägen, so mache ich unter Anderem auf folgende aufmerksam: das Princip der Entscheidung der Stimmenmehrheit wird in den §§. 417—419 für viele Fälle bei dem Miteigenthum eingeführt (man möchte hier fragen, ob sich denn in den letzten Jahrhunderten durch die Erfahrung ein Bedürfniß herausgestellt habe, hierin das consequente und richtige gemeine Recht zu ändern?); ferner das Recht eines Miteigenthümers, jeder Zeit Aufhebung der Communion zu verlangen, wird sehr beschränkt, indem der §. 423 festsetzt: „Jeder Miteigenthümer kann Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, doch nicht zur Unzeit oder zum „Nachtheile der übrigen; er muß sich daher einen den Umständen ange„messenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen" (hier wird ein Grundsatz, der bei Aufhebung einer Societät mit Recht gilt, weil es sich bei ihr von einer Obligation, in welcher die socii zu einander stehen, handelt, auf alle Fälle des Miteigenthums ohne genügende Gründe und gegen die Consequenz ausgedehnt), ferner auf die Weise, wie in §. 294 f. die Grundsätze des bisherigen Rechts über Adjunction, Commixtion, Confusion geändert werden, und namentlich die Ersatzpflicht (§. 296) beschränkt wird. Ferner wird der Grundsatz des geltenden Rechtes, daß man an einem wilden Thiere, welches man occupirt und dadurch in das Eigenthum erworben hat, das Eigenthum wieder verliere, sobald es sich wieder in seine natürliche Freiheit gesetzt hat, aufgehoben, auch wenn das Thier zu den jagdbaren gehört. Man wird zwar die Aufhebung dieses Grundsatzes im Entwurfe nicht gleich finden; allein die Motive zu §. 273 sagen es und aus §. 273 kann man es durch ein argumentum a contrario finden, wenn man den §. genau nimmt, wogegen man aber dann den §. 309 nicht genau nehmen darf, weil bei ihm das arg. a contrario auf das Gegentheil führen würde. In Folge dieser Aufhebung wird ein Jäger, wenn er in seinem Reviere ein Wild fängt oder erlegt, nicht mehr sicher seyn, daß er durch die Occupation das Eigenthum des Thieres erworben habe, weil ja möglicherweise das occupirte Stück irgend ein Mal vorher, wenn auch nur ein paar Minuten lang, in die Gewalt eines anderen Jagdberechtigten gekommen und dadurch sein bleibendes Eigenthum geworden seyn konnte; er muß sich eben an die Beruhigung halten, welche die Motive zu geben suchen, wenn sie bemerken, in vielen Fällen mache hier der erforderliche Nachweis der Identität an sich schon die Vindication unmöglich. Aber freilich kann der neue Grundsatz zu manchen sehr ärgerlichen Streitigkeiten führen, die nach den Bestimmungen des auch hierin sehr practischen Römischen Rechts nicht vorkommen konnten. Dagegen ist es wohl zu billigen, wenn der Entwurf in der Frage über den Verlust des Eigenthums an gezähmten Thieren vom Römischen Rechte abweicht.

auf ein klares und sicheres Resultat kommen läßt. Zwar ist auch in unsrem bestehenden Rechte hier über Einzelnes viel Streit (besonders veranlaßt durch die Weise, wie von Justinians Commissionen dessen Rechtsbücher redigirt wurden); auch ist die Entscheidung, welche Justinian gibt, nicht in Allem legislativ zu billigen. Aber das Princip, nach welchem das Römische Recht hier die Frage über den Eigenthumserwerb entscheidet, verdient keineswegs die unbedingte Verwerfung, von welcher der Entwurf ausgeht, und die Zweifel und Controversen, zu welchen hier die Weise, wie der Entwurf die Sache entscheidet, führen muß, werden an Zahl und Ausdehnung noch größer seyn, als die, welche durch Justinians Commissionen verschuldet wurden.

Der §. 299 setzt nämlich unter der Rubrik „Von der Umgestaltung einer Sache" Folgendes fest: „Verändert Jemand „die bewegliche Sache eines Anderen oder verwandelt er sie in eine „andere, so erlangt er dadurch kein Eigenthum an ihr, außer „wenn der Werth seiner Arbeit den Werth, welchen der Stoff zu „der Zeit der Veränderung oder Umgestaltung hatte, überstieg. „War der Werth der Arbeit und des Stoffes gleich, so entsteht „für die Betheiligten ein Miteigenthum, für Jeden zur Hälfte."

Hiernach führt der Entwurf ein ganz neues Princip für den Eigenthumserwerb bei Umgestaltung ein; es soll der Werth der Arbeit und der Werth des Stoffes entscheiden. Man könnte wohl mit Recht fragen, ob denn der Werth der Arbeit wirklich ein Moment ist, das bei einer wahren Umgestaltung einer Sache, also bei ihrer Umwandelung in eine ganz neue, für die Eigenthumsfrage (ein anderes ist die Ersatzfrage) entscheiden sollte, ob nicht zum Mindesten das Princip, nach welchem das bestehende Recht die Eigenthumsfrage entscheidet, der Rechtsconsequenz und den Anforderungen der Sicherheit und Festigkeit der Rechtsverhältnisse mehr entspricht, ob daher für diese Neuerung solche überwiegende Gründe vorliegen, durch welche allein eine Neuerung am bestehenden Rechte motivirt werden könnte. Allein wenn man auch hiervon absieht, so ist doch die Weise, wie der Entwurf seine neuen Principien durchführt und wie er überhaupt die Lehre von der Umgestaltung behandelt, gewiß nicht zu billigen.

Vor Allem entsteht hier die Frage: was versteht denn der Entwurf unter Umgestaltung, und wie soll sich sein §. 294 zu §. 299 verhalten? — Darauf zu antworten, wird sehr schwer

seyn. Liest man die Motive zu §. 299: so sollte man glauben, der Entwurf wolle im §. 299 unter seiner „Umgestaltung" alle die Fälle umfassen, welche das Römische und mit ihm das bestehende Recht unter Specification begreift.[46] Aber wenn man den §. 294 liest und mit seinen Motiven vergleicht: so muß man sich überzeugen, daß der §. 299 keineswegs alle Fälle der „specificatio des gemeinen Rechts" normiren will, daß vielmehr ein Theil dieser Fälle unter §. 294 fällt und nach einem völlig anderen Princip behandelt werden soll. Dieser §. 294 nämlich handelt unter Anderem von dem Falle, den man durch confusio bezeichnet (Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Sachen), wie dies nicht blos aus seinen Worten hervorgeht[47], sondern auch die Motive noch ausdrücklich sagen. Das Princip, nach welchem der §. 294 bei einer solchen confusio über den

46) Sie sagen: „In diesem § ist auch die specificatio des ge-„meinen Rechts von dem Principe aus, daß eine Sache als aus Stoff und „Form zusammengesetzt betrachtet werden kann, als eine Art des Zuwachses „aufgefaßt werden. Man hat deshalb das Eigenthum an einer Sache ent-„weder dem Eigenthümer des Stoffs, oder dem Verfertiger der Form, oder „beiden zu gleichen Theilen zugesprochen, je nachdem entweder der Stoff als „Hauptsache und die Arbeit als Nebensache, oder umgekehrt der Stoff als „Nebensache und die Arbeit als Hauptsache anzusehen ist, oder beides sich die „Wage hält." Und dann fügen sie noch bei, daß und aus welchen Gründen man „auf den nach gemeinem Rechte einflußreichen Umstand, ob der Stoff nach seiner „Veränderung oder Verwandlung in seine alte Form zurückgebracht werden „könne, kein Gewicht gelegt" habe.

47) Der §. 294 lautet nämlich so: „Zuwachs durch Vereinigung, Ver-„mischung oder Vermengung beweglicher Sachen. — Werden bewegliche Sachen „verschiedener Eigenthümer ohne ihren übereinstimmenden Willen mit einander „vereinigt, vermengt oder vermischt, so hat dies auf das Eigenthum „keinen Einfluß. Es kann daher jeder der Eigenthümer Trennung oder Son-„derung der Sachen und Herausgabe der seinigen fordern. Ausnahmen „hiervon finden Statt, wenn 1) die vereinigten Gegenstände nicht „mehr zu unterscheiden sind, oder 2) durch die Trennung oder „Sonderung die eine Sache zerstört, oder 3) dadurch ein Schade oder „Aufwand verursacht werden würde, welcher den vierten Theil des Werthes „des Ganzen übersteigt.

„In diesen Fällen entsteht für die Betheiligten ein Miteigenthum nach „dem Verhältnisse des Werthes, welchen die einem Jeden ge-„hörigen Bestandtheile zur Zeit der Vereinigung hatten, es müßte denn „die eine Sache als Hauptsache, die andere nur als Nebensache anzusehen seyn. „Solchenfalls erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum des „Zubehörs."

Eigenthumserwerb entscheidet, ist ein ganz anderes, als das des §. 299; der Werth der Arbeit soll in einem solchen Falle gar nichts entscheiden, sondern lediglich der Werth des Stoffes, wenn Sachen verschiedener Eigenthümer confundirt wurden. Nun ist aber wohl zu beachten, was der Entwurf nicht berücksichtigt zu haben scheint, daß unter dieser confusio reine Specificationsfälle enthalten sind, wenn nämlich durch die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Sachen eine ganz neue Sache entsteht, z. B. Jemand aus vielerlei Flüssigkeiten eine medicinische Mixtur verfertigt, aus Weinmost und Obstmost ein drittes Getränk, aus verschiedenen flüssigen Metallen eine Bronze- oder eine Neusilbermasse macht u. dergl. Unser bestehendes Recht behandelt an der Hand des consequenten Römischen Rechts solche Fälle nicht nach Confusions-, sondern nach Specificationsgrundsätzen, eben weil sie nichts Anderes als Fälle der Specification sind. Nach dem Entwurfe aber sind solche Fälle nicht nach den Grundsätzen des von der Umgestaltung handelnden §. 299 zu entscheiden, obwohl sie an sich nichts Anderes, als Umgestaltungsfälle sind, sondern nach den völlig anderen Grundsätzen des §. 294. Kann man dies wohl mit einer „principiellen Haltung," auf welche die Motive mit Recht so großes Gewicht legen, vereinigen? Oder soll der Grund dieser verschiedenen Behandlung darin liegen, daß bei der confusio die Arbeit nicht bedeutend, bei der specificatio aber bedeutend seyn kann? Dies kann doch unmöglich gemeint seyn; denn in vielen Fällen kann das Verhältniß gerade ein umgekehrtes seyn. Oder soll der Grund darin liegen, daß der §. 294 von Sachen „verschiedener Eigenthümer," der §. 299 aber blos von der Sache „eines Anderen," also eines Eigenthümers spricht? Es ist doch wohl klar, daß auch dieses Moment keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung dieser ihrer inneren Natur nach gleichen Fälle motiviren kann. Aber Das, was ich eben zuletzt berührte, führt noch auf andere nicht wohl lösbare Zweifel über die Frage, was wohl der Entwurf unter Umgestaltung begreife.

Der Entwurf definirt die Umgestaltung durch die Worte: „Verändert Jemand die bewegliche Sache eines Anderen oder „verwandelt er sie in eine andere" (s. oben S. 85). Hier erheben sich nämlich folgende Fragen:

1. Ist es eine Umgestaltung, wenn Jemand aus eigenen

und aus Sachen eines Anderen eine neue Sache macht? Die Natur der Sache, das bestehende Recht und meines Wissens auch die neueren Gesetzgebungen bejahen diese Frage; nach dem §. 299, so wie er gefaßt ist, müßte man sie verneinen.

Bei der Auslegung eines Gesetzes und vollends bei der Auslegung einer solchen gesetzlichen Definition, durch welche die Verhältnisse genau bestimmt werden sollen, auf die der Grundsatz des §. 299 im Gegensatze zu anderen Verhältnissen Anwendung leiden soll, muß man davon ausgehen, daß jedes Wort wohl überlegt und mit Absicht gesetzt worden sey. Wir müssen also annehmen, daß wenn die angeführte Definition von „der Sache eines Anderen" spricht, sie den Fall, wenn Jemand eigene Sachen und Sachen eines Anderen specificirt, ausschließen wollte, weil man in einem solchen Falle nicht blos von „der Sache eines Anderen" sprechen könnte. Aber wie soll es nun gehalten werden, wenn Jemand aus eigenen und fremden Sachen eine neue macht? Ich finde, wenn ich irgend recht gesehen habe, im Entwurfe keinen Paragraph, der von einem solchen Falle spricht, außer man wollte den §. 294 hieher beziehen. Aber wenn der §. 294 auf diesen Fall zu beziehen seyn sollte: so würden wir ja für zwei Classen von Fällen, welche wesentlich gleicher innerer Natur sind, völlig verschiedene Entscheidungen bekommen. Wenn z. B. ein Künstler aus flüssig gemachtem Kupfer zwei Kunstwerke macht, bei denen die Arbeit den Werth des Stoffes weit übersteigt, aber durch Zufall oder aus Versehen es geschah, daß er fremdes Kupfer dazu verwendete (z. B. wenn Jemand gestohlenes Kupfer an ihn verkaufte und der Fall nicht unter §. 275 fällt), und zwar zu dem einen Kunstwerke lediglich fremdes, zu dem anderen zwei Dritttheile fremdes und ein Dritttheil eigenes — wie soll man diese Fälle nach dem Entwurfe entscheiden? Im ersteren Falle, in welchem er blos Kupfer „eines Anderen" verwendete, entscheidet nach §. 299 über den Eigenthumserwerb zunächst der Werth der Arbeit; der Künstler wird daher, da dieser Werth den des Stoffes übersteigt, Eigenthümer des ganzen Kunstwerks. Wie soll aber der zweite Fall entschieden werden? auf diesen paßt die Definition des §. 299 gar nicht; soll also in diesem nach §. 294 (Nr. 1, 2 u. Absatz 2, vergl. Note 47) entschieden werden, also in diesem Falle für den Eigenthumserwerb der Werth der Arbeit gar nicht in Betracht kommen, sondern „für die Be-

„theiligten ein Miteigenthum nach dem Verhältnisse des Werthes, „welchen die einem Jeden gehörigen Bestandtheile zur Zeit der „Vereinigung hatten," entstehen, also lediglich der Werth des Stoffes entscheiden, so daß also der Künstler am zweiten Kunstwerke blos zu einem Dritttheile Eigenthümer würde? Rechtfertigen würde eine solche Entscheidung sich gewiß nicht lassen, wenn es so gemeint seyn sollte; sollte es aber nicht so gemeint seyn, wie ist denn dann der Fall zu entscheiden? Man müßte in einer sehr freien Weise, völlig abweichend von seinen Worten, den §. 299 auslegen, wenn man ihn darauf beziehen sollte. Es entsteht sogar

2. noch die Frage, nach welchem §. denn entschieden werden soll, wenn Jemand zwar blos fremde Sachen specificirt, aber nicht die Sache eines Anderen, sondern mehrerer Anderen. Verfährt man bei der Auslegung der Worte des §. 299 nach dem vorhin angedeuteten Auslegungsgrundsatze (daß man jedes Wort als mit Bedacht und Absicht gesetzt zu behandeln habe): so muß man davon ausgehen, daß auch der Singularis, dessen sich die Definition des §. 299 bedient, (Sache eines Anderen) mit Bedacht und Absicht gesetzt sey, um so mehr, als die folgenden §§, welche von Sachen eines oder mehrerer Anderen sprechen wollen, sich einer allgemeineren Bezeichnung („fremde Materialien") bedienen. Soll also, wenn Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer umgestaltet, dies keine Umgestaltung seyn und der Fall nicht nach Umgestaltungsgrundsätzen behandelt werden? Nach den Worten des Entwurfes müßte man die Frage bejahen; man müßte sie umsomehr bejahen, wenn man den Schlußsatz des §. 299 beachtet. Aus diesem sieht man, daß auf die in der Definition stehenden Worte „eines Anderen" der entschiedenste Nachdruck gelegt werden soll; denn dieser Schlußsatz setzt beim ganzen Verhältnisse der Umgestaltung blos **zwei Betheiligte** voraus: den Specificanten und den Anderen, dem die specificirte Sache gehörte. Der §. 299 sagt nämlich am Schlusse: „War der Werth der „Arbeit und des Stoffes gleich, so entsteht für die Betheiligten ein Miteigenthum, **für Jeden zur Hälfte.**" Würde der Entwurf zu seiner Umgestaltung auch den Fall gerechnet haben, wenn Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer specificirte: so müßte er seinen Schlußsatz ganz anders fassen, indem dann, wenn die Arbeit dem Stoffe gleich kam, nicht für **jeden** Betheiligten zur

Hälfte ein Miteigenthum entstehen könnte, weil es sich dann zum Mindesten von drei Betheiligten (dem Arbeiter und den verschiedenen Eigenthümern des Stoffes) handelte.

Aber der Entwurf kann doch wohl unmöglich die Absicht gehabt haben, die Umgestaltung der Sachen mehrerer Anderen nach ganz anderen Principien zu behandeln, als die Umgestaltung der Sache eines Anderen. Man wird daher, im Widerspruche mit den Resultaten der grammatischen Interpretation, annehmen müssen, der Entwurf habe unter der beweglichen Sache eines Anderen mehr verstanden, als eigentlich die Worte besagen, also nicht blos den Fall begreifen wollen, wenn die Sache eines und desselben dritten Eigenthümers umgewandelt wird, sondern überhaupt den Fall, wenn eben fremde, dem Verändernden nicht gehörige Sachen umgestaltet werden, also auch die Fälle gemeint, in welchen die Sachen verschiedenen Dritten gehören, und diesen Sinn nur nicht mit den rechten Worten ausgesprochen. Aber dann müßte man, da wir hiernach mehr als zwei Betheiligte bekommen können, auch den Schlußsatz freier interpretiren und ihm in ähnlicher Weise nachhelfen, wie es schon die Römischen Juristen thun, wenn ein Erblasser in seinem Testamente seinen Nachlaß nach Hälften vertheilte, aus demselben aber mehr als zwei Hälften machte.

Wenn aber auch diese von dem Wortsinne sehr abweichende Interpretation zuläßig seyn sollte: so wird dadurch noch keineswegs jeder principielle Widerspruch im Entwurfe beseitigt. Es bleibt immer noch der Widerspruch in der Behandlung derjenigen Fälle einer Vermischung (confusio), in welchen die Vermischung eine wahre Umgestaltung erzeugt. Hier läßt sich nach der Faßung des §. 294 im Verhältnisse zu §. 299 nichts Anderes annehmen, als der Entwurf wollte eine solche Vermischung nach ganz verschiedenen Grundsätzen behandeln, je nachdem die vermischten Sachen verschiedenen Personen oder blos einer Person gehörten. Denn der Entwurf beschränkt den Begriff der Vermischung und die Anwendung des Grundsatzes des §. 294 auf den Fall, wenn „bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer vermischt werden.“ Hier lassen die Grenzen der Interpretation es nicht zu, die „verschiedenen Eigenthümer“ zu übersetzen durch „eines und desselben oder verschiedener Eigenthümer“; wir müssen hier annehmen, daß der Entwurf im §. 294 wirklich blos von

verschiedenen Eigenthümern sprechen wollte. Allein wir bekommen dadurch das ganz eigene Resultat, daß wenn die Vermischung zu einer wahren Umgestaltung führt, und die vermischten Sachen verschiedene Eigenthümer hatten, dann die Vermischungsgrundsätze eintreten, wenn sie aber nur einen Eigenthümer hatten, dann ganz andere, die Umgestaltungsgrundsätze eintreten, daß also z. B., wenn der X aus dem Weine des A und aus dem Weine und dem flüssig gemachten Zucker des B mit großer Sorgfalt und Mühe bei Behandlung der Gährung u. dergl. einen moussirenden Wein macht, die Grundsätze des §. 294 eintreten würden, weil dies nach dem Entwurfe eine bloße Vermischung und keine Umgestaltung wäre, wenn aber der X blos verschiedene Weinsorten des A und Zucker des A (also nicht verschiedener Eigenthümer) genommen hätte, dieselbe Handlung ein Fall der Umgestaltung seyn würde und in ihm nach einem ganz anderen Princip, nach §. 299 entschieden werden müßte! Sollte Dieses vom Entwurfe nicht gemeint seyn — und jedenfalls würde es sich in keiner Weise rechtfertigen lassen, wenn es gemeint wäre — so müßten die §§. 294 u. 299 völlig anders gefaßt werden.

3. Nach dem Ausgeführten begreift der §. 299 unter Umgestaltung nicht alle Fälle der Specification, nicht Alles, was an sich unter den Begriff einer Umgestaltung fällt; er beschränkt also den Begriff der Specification oder Umgestaltung. Aber wenn wir seine Worte genau nehmen und mit denselben die Motive vergleichen: so wird von ihm in einer anderen Beziehung der Begriff der Umgestaltung weit über die Grenzen der Specification des bestehenden Rechts ausgedehnt. Der §. 299 sagt: „Verändert Jemand die bewegliche Sache eines Anderen oder verwandelt er sie in eine andere.“ Dieses „oder“ darf im Zweifel nicht conjunctiv, sondern muß disjunctiv genommen werden. Hiernach wäre also schon jede Veränderung einer fremden beweglichen Sache eine Specification. Wir bekommen dadurch einen Begriff der Specification oder Umgestaltung, bei welchem man eigentlich jeden sicheren Boden verliert, und dieser Begriff ist wirklich vom Entwurfe gewollt, indem jeder Zweifel darüber durch die Motive entfernt wird. Sie sagen nämlich nach dem in der Note 46 Angeführten noch Folgendes: „Nach diesem §. (299) wird „nun zu beurtheilen seyn, wie weit durch die Verarbeitung roher

„Stoffe oder die Umgestaltung oder Veränderung schon ver-„arbeiteter, durch das Einschmelzen, Weben, Dreschen, „Malen, Schreiben, Graviren, Färben, Anstreichen „u. s. w. das Eigenthum am Stoffe erlangt wird." Ich will gar nicht berühren, wie hier die gemeinrechtliche Controverse über das Dreschen entschieden wird, ferner, welche Zweifel hier in Betreff der Bedeutung des Werthes der Arbeit entstehen können, indem in den angeführten Beispielen, wie beim Anstreichen und Färben, der Arbeiter auch einen Theil des Stoffes gibt. Aber ich möchte fragen: soll denn das Malen, das Schreiben, das Graviren, das Anfärben und Anstreichen eine Umgestaltung einer Sache seyn? Es sind hier Fälle der „Vereinigung" (§. 294), wohin das Malen, Schreiben, Anstreichen gehört, unter den Begriff der Umgestaltung in einer Weise gezogen, durch welche man jede sichere Grenze zwischen diesen beiden Begriffen verliert.

Auch außerdem noch und abgesehen von allem Diesem könnte Manches gegen den §. 299 erinnert werden, namentlich gegen die Art und Weise, wie er den Werth der Arbeit über das Eigenthum entscheiden läßt. Will man einmal dieses Entscheidungsprincip annehmen, so sollte es doch nicht in der Weise durchgeführt werden, wie es der Entwurf thut, nach welcher über die Eigenthumsfrage bald ein Minimum entscheidet, bald eine sehr große Differenz gar kein Moment ist. Der Entwurf unterscheidet drei Fälle: wenn die Arbeit den Stoffwerth übersteigt, also auch nur um ein Minimum übersteigt: so gehört die ganze Sache dem Arbeiter; wenn Arbeits- und Stoffwerth gleich sind: so entsteht für jeden Betheiligten ein Miteigenthum zur Hälfte; wenn aber der Werth der Arbeit unter dem des Stoffes ist, sey es um ein Minimum oder sey es um sehr viel: so erlangt der Arbeiter gar kein Eigenthum an der neuen Sache. Nehmen wir daher z. B. den Fall: ein Silberarbeiter macht aus fremdem Silber, welches 200 Thaler werth ist, ein Kunstwerk; wenn hier die Arbeit auf 20 Thaler geschätzt wird: so gehört die Sache ganz Dem, welchem das Silber gehörte; aber wenn die Arbeit auf 190 Thaler geschätzt wird, so — ist das Resultat nach dem Entwurfe das ganz gleiche; die ganze Sache gehört doch dem Silbereigenthümer; eine Differenz von 170 Thalern im Arbeitswerthe soll bei einem Stoffe, der nur 200 Thaler werth ist, gar

keinen Unterschied machen. Nehmen wir aber statt der 190 Thaler nur 1/19 mehr, würde die Arbeit auf 200 Thaler geschätzt: so tritt eine ganz andere Entscheidung ein; es fällt dann dem Arbeiter das Kunstwerk zur Hälfte in das Eigenthum zu, und wenn es nur um einen Thaler noch höher geschätzt würde: so würde ihm das ganze Kunstwerk gehören und der Eigenthümer des Silbers gar keinen Theil daran haben!

Vergleicht man mit diesen Bestimmungen des Entwurfes unser bestehendes Recht über Specification: so verdient dasselbe nach der Seite der Rechtsconsequenz wie der Rechtspolitik weit den Vorzug vor den angeführten Bestimmungen des Entwurfes. Allerdings waren schon die Römischen Juristen verschiedener Ansicht darüber, wie dieser Fall des Eigenthumserwerbes behandelt werden soll — aber nicht in der Weise, daß ein und derselbe Jurist nach ganz verschiedenen Principien die einzelnen Fälle der Specification (und der confusio, soweit sie eine specificatio ist) behandelt hätte — und es läßt sich allerdings über das hier anzuwendende Princip streiten. Der Grundgedanke aber, von dem das bei uns geltende Recht ausgeht, scheint mir, wie gesagt, ebenso rationell, als rechtspolitisch richtig zu seyn.[48] Es geht nämlich von dem ebenso einfachen als natürlichen Grundsatze aus: wenn Jemand, sey es aus eigenen und fremden oder blos aus fremden Sachen, mögen diese verschiedenen Eigenthümern oder blos einem gehören, für sich eine neue Sache macht, z. B. aus fremden Bäumen einen Schreibtisch: so muß ihm die neue Sache, mag er in bona oder in mala fide gewesen seyn, in das Eigenthum zufallen; denn die alten Sachen (die Bäume) existiren ja gar nicht mehr, das Eigenthum ihrer früheren Eigenthümer hatte also seinen Gegenstand verloren; und die gefertigte Sache in ihrer neuen Gestalt ist etwas ganz Neues, das der Specificant durch die Handlung der Specification und den damit verbundenen Sinn sich aneignete. Diese Entscheidung ist durchaus consequent; für

48) Nur paßt dies nicht auf die Entscheidung, welche das Röm. Recht für den Fall gibt, wenn die neue Sache in ihre frühere Gestalt zurückgebracht werden kann. Allein die Entscheidung, welche es hierüber gibt und welche mit Recht von den Motiven verworfen wird, beruht nicht auf einer Abweichung von dem Princip, nach welchem es die anderen Fälle behandelt, sondern auf der Annahme, daß eine solche auf die frühere Gestalt reducirbare Sache nicht eine wahre nova species sey.

den Verkehr aber, also in rechtspolitischer Beziehung, ist sie sehr wichtig, weil nun Jeder, welcher eine Sache von ihrem Verfertiger erwirbt, sicher seyn kann, Eigenthümer derselben geworden zu seyn. Diese Weise, wie hier das Römische Recht für die Sicherheit des Verkehres sorgt, ist wesentlich von der Weise verschieden, wie es der Entwurf durch §. 275 thut (oben S. 75). Hier liegt die Sorge für den Verkehr zugleich in aller Rechtsconsequenz; es wird durch sie kein rechtliches Princip irgend verletzt. Ueberdies ist auch noch über die Ersatzklagen des Eigenthümers, der durch die Specification um sein Eigenthum gebracht wird, das Römische Recht weit vollständiger und befriedigender, als unser Entwurf. —

Bei dem Erwerbe des Eigenthums an einem Schatze schließt sich der Entwurf mit Recht an das bestehende Recht an, aber auch hier wieder mit einigen ganz wesentlichen Abweichungen, die nicht zu billigen seyn möchten. Er behält den Grundsatz des bestehenden Rechts bei, nach welchem der gefundene Schatz dem Finder zur Hälfte, dem Eigenthümer der Hauptsache zur anderen Hälfte zufallen soll. Das Römische Recht geht aber dabei mit Recht davon aus, daß wenn der Finder aus besonderen Gründen eine Finderhälfte nicht beanspruchen kann, dann dem Eigenthümer der Hauptsache der ganze Schatz zufalle. Hierin nun weicht der Entwurf §. 333 in doppelter Beziehung vom bestehenden Rechte ab.

Zunächst beschränkt er die Fälle, in welchen der Finder das Recht auf die Finderhälfte verwirkt, auf eine sehr weitgreifende Weise; der Finder soll es blos verwirken, wenn er „in ver„brecherischer Absicht das fremde Grundstück betrat"; nach dem bestehenden Rechte aber verwirkt er es schon dann, wenn er überhaupt unbefugt in fremder Sache nach Schätzen suchte. Die Motive suchen die Beschränkung durch Folgendes zu rechtfertigen: es spreche „das Oesterreichische und Preußische „Recht dem Entdecker den Antheil am Funde auch dann ab, „wenn er auf fremdem Grund und Boden ohne Erlaubniß des „Eigenthümers danach gesucht hat. Allein, da er immer der Ent„decker ist und zum Vortheile des Eigenthümers, welcher vielleicht „den Schatz nicht gefunden hätte, gehandelt hat, so lag kein ausrei„chender Grund vor, dem ausländischen Rechte zu folgen; nur „wenn er wie ein Dieb in verbrecherischer Absicht auf den fremden „Boden gegangen ist, und zufällig die Sache gefunden hat, ist „es dem Gefühle entsprechend, ihm seinen Antheil zu entziehen."

Es ist auffallend, daß hier die Motive blos, wie sie es nennen, des ausländischen Rechts erwähnen und die Abweichung von diesem zu rechtfertigen suchen, als ob es sich hier nur von einer Abweichung von fremdem Rechte handelte (vgl. oben S. 46). Das was das Oesterreichische und Preußische Recht bestimmt, ist ja auch das dermalen in Sachsen bestehende, durch die Constitutionen von 1572 (P. II. c. 53) ausdrücklich bestätigte Recht. Es war daher mehr zu motiviren, nicht blos eine Abweichung von fremdem, sondern eine Abweichung von dem seit Jahrhunderten bei uns bestehenden Recht. Ueberdies hat der Entwurf seine Beschränkungen in einer Weise gefaßt, welche über ihre Grenzen viele Zweifel darbietet, um so mehr, als sie mit den Motiven nicht übereinstimmt. Er spricht ganz allgemein von dem Betreten des Grundstückes „in verbrecherischer Absicht," die Motive dagegen von einem Betreten **wie ein Dieb** in verbrecherischer Absicht, und sie bezeichnen durch ihr „nur" (s. oben), daß dies der einzige Fall seyn soll. Wie ist dies zu nehmen? Und, möchte man fragen, sollen denn Leute, welche unbefugt bei Nacht in ein fremdes Grundstück eindringen, um nach Schätzen zu suchen, wenn sie gleich dabei die Absicht haben, falls sie welche finden, die Hälfte davon dem Eigenthümer abzugeben, sollen solche Leute, und sollen meine Gartenarbeiter, welche in meinem Garten zwar befugt sich befinden, aber unbefugt oder gar in verbrecherischer Absicht nach Schätzen graben, einen Anspruch auf die Finderhälfte haben? Soll man aus dem Gesichtspunkte des „Gefühles" solche Finder begünstigen? Ist es nicht richtiger, wenn die Sächsischen Constitutionen diesen Anspruch nur geben „da einer auf fremdem Grund ohne Vorsatz, aus Glück und Zufall einen Schatz findet"? Zum Mindesten liegen hier solche dringende Gründe nicht vor, durch welche eine Aenderung des bestehenden Rechts gerechtfertigt werden könnte. Ueberdies scheint der Entwurf im §. 333 den Begriff von Schatz, von dem er im §. 331 ausgeht, nicht gehörig im Auge gehabt zu haben; denn nach §. 331 kann auch in beweglichen Sachen, z. B. hinter dem Rahmen eines Gemäldes, ein Schatz verborgen seyn. Wenn nun Jemand, ohne ein fremdes Grundstück in verbrecherischer Absicht zu betreten, von einem fremden Gemälde in verbrecherischer Absicht den Rahmen, weil hinter ihm ein Schatz seyn könnte, abreißt, um sich den ganzen Schatz zuzueignen, bekommt er in diesem Falle die Finderhälfte? Nach §. 333 allerdings, weil

er nicht in verbrecherischer Absicht „ein fremdes Grundstück betreten“ hat.

Noch bedeutender und bedenklicher aber ist wohl die zweite Abweichung vom bestehenden Rechte, die hier der Entwurf enthält. Die Hälfte, welche der Finder im Falle des §. 333 nicht bekommt, soll nicht dem Eigenthümer der Hauptsache zufallen, sondern an die höhere Verwaltungsbehörde behufs der Verwendung zu milden Zwecken übergeben werden. Zur Motivirung dieser Aenderung des bestehenden Rechts sagen die Motive, soviel ich finde, gar nichts (denn das zu §. 333 Gesagte ist nicht eine Motivirung der Abweichung, daß dem Eigenthümer der Hauptsache diese Hälfte entzogen werden soll). Aber ist hier nicht das bestehende Recht weit vorzuziehen, und entspricht es nicht weit mehr dem natürlichen Rechtsgefühle und dem Rechtsbegriffe, in einem solchen Falle dem Eigenthümer der Hauptsache, der ja vielleicht ohne die unbefugte Handlung des Dritten den Schatz selbst gefunden haben würde, jedenfalls aber in seinem Rechte dem Gefundenen weit näher steht als die pia causa, die vom Finde rverwirkte Hälfte zuzusprechen?

Bei den persönlichen Dienstbarkeiten, insbesondere dem Nießbrauche, will ich nur folgende Neuerungen am bestehenden Rechte, welche der Entwurf enthält, berühren.[49]

Der Entwurf dehnt die Rechte eines Nießbrauchers in mancher Hinsicht in bedenklicher Weise aus und beschränkt sie in gleicher Weise in anderen Hinsichten. Nach §. 539 sollen „Bäume, welche der Zu„fall bricht oder ein Dritter widerrechtlich fällt oder deren Fällen „Raupenfraß oder ein anderer Unfall nöthig macht, dem Nieß„braucher gehören.“ Dies ist eine sehr weitgreifende Aenderung des bestehenden Rechts, die ich nicht zu rechtfertigen wüßte. Die Motive suchen sie dadurch zu begründen: Man könnte es zwar für consequenter halten, Nutzungen, welche außerordentlicherweise durch Zufall zum Nachtheile der Substanz herbeigeführt werden, dem Nießbraucher nur in soweit zuzusprechen, als sie in den Be-

---

49) Aus den S. 12 angeführten Gründen gehe ich nicht näher auf den in Familienverhältnissen stattfindenden Nießbrauch ein; auch bei diesem findet sich eine Neuerung im Entwurfe (ein gesetzlicher Nießbrauch der Mutter), an die man sich in Sachsen wohl schwer gewöhnen wird, da sie in fest begründete und längst gewohnte Verhältnisse sehr eingreift (vgl. Decis. LXII. v. J. 1661).

reich der pfleglichen Benutzung fallen. „Allein eine solche Un„terscheidung hat gegen sich, daß sie in jedem einzelnen Falle, „selbst bei Gegenständen geringen Betrags, eine Auseinan„dersetzung zwischen dem Eigenthümer und dem Nießbraucher „nöthig machen und deßhalb leicht Streitigkeiten veranlassen „würde, daß ferner der Letzterem zufließende außerordentliche Vor„theil in vielen Fällen die Ursache für eine Beschränkung der „pfleglicher Weise in späterer Zeit zu ziehenden Nutzungen abgeben „muß, und daß endlich das Interesse des Eigenthümers durch „die Vorschrift in §. 543 unter c hinlänglich berücksichtigt er„schien." — Was zunächst den letzten Grund betrifft, so ist doch in der That durch die Bestimmung des §. 543, daß der Nießbraucher an die Stelle der nach §. 539 ihm zufallenden Bäume neue zu pflanzen habe, das Interesse des Eigenthümers nicht hinlänglich gewahrt. Man bedenke nur den Fall, wenn durch Raupenfraß in Nadelwaldungen Hunderte von Morgen in einen Zustand versetzt werden, daß beinahe alle Bäume geschlagen werden müssen (solche Fälle können meines Wissens wohl vorkommen und kamen schon vor), oder wenn ein Dritter in den nießbrauchlichen Garten einfällt und aus Bosheit eine Reihe der schönsten Obstbäume und Platanen fällt, oder wenn ein Windbruch ein paar hundert Klafter Holz bricht — ist hier der Eigenthümer in seinem Interesse hinlänglich gewahrt, wenn dem Nießbraucher alle jene Bäume zufallen und er dafür nur junge Bäume nachzupflanzen hat? Ist hier nicht die Bestimmung des Römischen Rechts (D. de usufructu l. 12 pr.) eine richtigere?

Von der anderen Seite möchte doch wohl der §. 543 unter b. dem Nießbraucher zu viel auferlegen. Es soll hiernach der Nießbraucher bei Zubehörungen der in §. 76 unter 3 angegebenen Art verbunden seyn, an die Stelle abgenutzter oder durch Zufall untergegangener Stücke andere anzuschaffen, und nach §. 544 kann er von dem Eigenthümer wegen dieser Anschaffungen „niemals Ersatz fordern." Erwägt man nun, daß zu den „Zubehörungen der §. 76 unter 3 angegebenen Art" bei Landwirthschaften nach §. 88 unter Anderem auch gehört, „was „an vorhandenem Vieh, Geschirr und anderen Geräthschaften zu „der Bewirthschaftung derselben erfordert wird": so bekommt man dadurch eine Ausdehnung der Verpflichtung des Nießbrauchers, welche meines Wissens dem bestehenden Rechte nicht bekannt ist

und wohl auch weder principiell noch nach Billigkeit zu vertheidigen seyn wird, und welche bei der Häufigkeit und Ausdehnung, die bei uns der gesetzliche Nießbrauch hat, besonders bedenklich erscheint. Hiernach müßte, wenn heute Jemand den Nießbrauch eines großen Landgutes mit reichem Viehstande antritt und im Laufe des Sommers eine Seuche beinahe alles Vieh wegrafft und wenige Tage darauf sein Nießbrauch zu Ende geht, er dem Eigenthümer unbedingt für den ganzen umgekommenen Viehstand vollen Ersatz geben oder ihn auf seine Kosten erneuern (vergl. §. 552 a. E.).

Dagegen wird wieder in einer anderen Beziehung im §. 540 der Nießbraucher zu sehr beschränkt. Nach §. 540 darf der Nießbraucher „Bergwerke, Stein-, Schiefer- und Kalkbrüche, „Sand-, Kies-, Lehm-, Thon-, Mergel- und Torfgruben, wenn „sie beim Beginne des Nießbrauchs bereits in Angriff genommen „waren, fortbauen und pfleglich benutzen"; aber „neue solche „Werke darf er nur zum Bedürfnisse des Grundstücks, zu welchem „sie gehören, anlegen." Soll er also eine Sand- oder Kiesgrube, einen Steinbruch, eine Torfgrube auf einem großen Gute, das er in Nießbrauch hat, nicht eröffnen dürfen, wenn sie nicht gerade zum Bedürfnisse des Gutes erforderlich ist, sollte sie auch für den Gutsbesitzer den größten Nutzen haben, der wirthschaftlichen Benutzung des Gutes nicht schaden und die wesentliche Bestimmung des Gutes nicht ändern? Die Motive sagen blos: „über „die in §. 540 erwähnten Gegenstände des Nießbrauchs haben „die verschiedenen Gesetzgebungen die verschiedenartigsten Vor„schriften. Die hier getroffenen scheinen der Natur des Rechts„verhältnisses am Meisten zu entsprechen." Dies ist gewiß zuzugeben von Dem, was der §. 540 in seiner ersten Periode sagt; aber was er über „neue solche Werke" bestimmt, möchte dem Prädicate der Motive nicht entsprechen, vielmehr dieser Bestimmung das bestehende Recht (D. de usufructu l. 13 §. 4, 5) entschieden vorzuziehen seyn.

Eine weitere, dem bestehenden Rechte unbekannte Beschränkung findet sich im §. 554 beim uneigentlichen Nießbrauche. Bekanntlich hat nach dem bestehenden Rechte, wer einen Nießbrauch an verbrauchbaren Gegenständen bekommt, nach Erlöschung seines Rechts die Wahl, entweder den Werth zu erstatten, den diese Gegenstände beim Anfange des Nießbrauches hatten, oder ebenso-

viel Gegenstände von gleicher Güte, wie die empfangenen waren, (tantundem) zurückzuerstatten. Der Entwurf hebt dieses Wahlrecht auf. Er verpflichtet den Nießbraucher unbedingt zur Erstattung des Werthes. Die Motive scheinen, wenn ich sie recht verstanden habe, davon auszugehen, daß nach dem bestehenden Rechte der Nießbraucher kein Wahlrecht habe, sondern seine Verpflichtung lediglich auf tantundem gehe, und diesem wird die Verpflichtung auf den Werth aus dem Grunde substituirt: „Fände „das Gegentheil statt, so würde wegen des veränderlichen Preises „solcher Dinge bald der Nießbraucher, bald der Eigenthümer „gewinnen oder verlieren, was dem Wesen dieser Dienstbarkeit „zuwider ist." Durch diesen Grund wird aber eine Aufhebung des Wahlrechtes des Nießbrauchers nicht motivirt; denn beim Wahlrechte kann der Nießbraucher nicht verlieren, wenn er tantundem restituirt, oder wäre der Verlust jedenfalls eine Sache seiner Wahl; wenn aber der Eigenthümer wider seinen Willen tantundem bekommt, so kann dieser sich nicht beschweren, sollten auch solche Sachen, wie er sie bekommt, bei Beendigung des Nießbrauchs im Verkehre weniger werth seyn; denn er bekommt ja jedenfalls Das vollständig wieder, was Gegenstand des Nießbrauchs war (d. h. Sachen von gleicher Quantität und Art und Güte, wie die empfangenen waren), und mehr kann er nicht verlangen.

Eine andere große Neuerung, wieder nach der entgegengesetzten Seite, eine Ausdehnung der Rechte des Nießbrauchers und Dessen, dem überhaupt eine persönliche Servitut zukommt, enthält der §. 533. Dieser sagt: „Die von einer Gemeinde oder „einer anderen moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert so lange, als sie besteht[50], wenn auch keines der Mit„glieder mehr vorhanden ist, welche zur Zeit der Bestellung leb„ten." Nach dem bestehenden Rechte dauert eine solche Servitut höchstens 100 Jahre, und die Römischen Juristen führen dafür

50) Dieses „sie" müßte man eigentlich nach den Sprachregeln auf das nächst vorangegangene Subject, auf die persönliche Servitut beziehen. Dies ist aber nicht der Sinn des §., indem das Wort sich auf die moralische Person beziehen soll. Das Oesterreichische Gesetzbuch, aus welchem der § genommen ist, drückt sich richtiger dahin aus: „Die von einer Gemeinde oder „einer anderen moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert so lange, als die moralische Person besteht."

einen sehr guten und triftigen Grund an, wenn sie (D. de usufructu l. 56) sagen: wollte man den Nießbrauch so lange bestehen lassen, als die juristische Person existirt, „proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu.“ Für seine Aenderung führt der Entwurf gar nichts weiter an, als: „Auch „in dieser Beziehung verdient das Oesterreichische Gesetzbuch den Vorzug.“ Hat, möchte man fragen, unser bestehendes Recht in dieser Hinsicht irgend einen Uebelstand mit sich geführt? hat die Erfahrung es irgend als unzweckmäßig herausgestellt? ist nicht vielmehr der Grund, aus welchem es schon von den Röm. Juristen gerechtfertigt wird, ganz rationell und aller Beachtung werth? soll das Eigenthum dadurch ganz nutzlos und bedeutungslos gemacht werden können, daß einer Gemeinde oder milden Stiftung ein ewig dauernder Nießbrauch eingeräumt wird? Und selbst von allem Diesen abgesehen, wenn auch die Frage nur eine zweifelhafte wäre, wie sie es wohl nicht ist, sollte nicht in solchen Fällen im Zweifel Das, was seit Jahrhunderten bestand und in keiner Weise dem Rechtsbegriffe irgend widerspricht, beibehalten werden?

Eine andere Aenderung bei persönlichen Dienstbarkeiten, die nicht minder willkürlich scheint, enthält der §. 532. Er sagt: „Ist „eine persönliche Dienstbarkeit ausdrücklich auf die Erben ausge„dehnt, so sind unter diesen im Zweifel nur der überlebende Ehe„gatte und diejenigen Verwandten zu verstehen, welche zu dem Nach„lasse des ersten Berechtigten zunächst als gesetzliche Erben berufen sind.“ — „Im Zweifel“ heißt doch wohl: wenn die Parthieen blos von Erben überhaupt sprechen, und man keinen besonderen Anhaltspunkt hat, welcher darauf führt, daß sie gewisse bestimmte Erben im Gegensatze zu anderen gemeint haben. Was ist aber in einem solchen Zweifel das allein Natürliche? Offenbar, daß man das von den Parthieen gebrauchte Wort in seiner wirklichen vollen Bedeutung nimmt, indem man voraussetzen muß, daß auch die Parthieen es in seiner vollen Bedeutung genommen haben. Deßhalb entscheidet das bestehende Recht diese Frage ganz richtig dahin, daß in einem solchen Falle eben die nächsten Erben, wer sie auch seyn mögen, also z. B. wenn der Erblasser ein Testament machte und darin seinen Neffen übergeht und ein paar entferntere Verwandte zu Erben einsetzt, auch diese Testamentserben den Nießbrauch bekommen, während nach dem Entwurfe sie ihn nicht bekom-

men würden. Der Entwurf motivirt seine abweichende Bestimmung dahin: „Man ist dem Oesterreichischen Gesetzbuche gefolgt, weil „der präsumtive Wille des Bestellers entscheiden muß, dieser aber „nicht wohl andere, als die im §. 532 bezeichnete Personen im „Auge gehabt hat.“ Hier scheint doch auf eine eigenthümliche Weise der präsumtive Wille des Bestellers, wenn er sich ganz allgemein des Ausdruckes Erben bediente, festgestellt zu werden, und es dürften wohl die Römischen Juristen, welche überhaupt in Entwicklung des präsumtiven Willens eines Disponenten sich auszeichneten, auf ein treffenderes Resultat gekommen seyn, wenn sie in einem solchen Falle kein Bedenken haben, den vom Disponenten gebrauchten Ausdruck im Zweifel in seinem vollen Sinne zu nehmen.

Mißliche Neuerungen im Forderungenrechte.

Auch hier sind die Aenderungen des Entwurfes, welche er am bestehenden Rechte trifft, sehr weitgreifend; sie sind besonders im allgemeinen Theile des Forderungenrechts, in dessen Gebiete gerade die Römischen Juristen als ein Muster in angemessener, natürlicher, treffender und consequenter Entwicklung gerühmt werden, so weitgreifend, daß wir dadurch vom Standpunkte des bestehenden Rechts aus gleichsam auf einen ganz neuen Boden uns gesetzt sehen. Es würde aber zu weit führen, wenn ich auf diese Aenderungen auch nur der Mehrzahl nach, wenn ich namentlich auch noch auf die Aenderungen im besonderen Theile des Forderungenrechts näher eingehen wollte. Ich will nur einige bedeutendere Aenderungen im allgemeinen Theile des Forderungenrechts näher besprechen und einige andere kurz berühren.

Wir finden diese Aenderungen gerade in solchen Grundsätzen des Obligationenrechts, welche die ausgedehnteste Beziehung und Anwendung haben; namentlich betreffen sie die Verbindlichkeit zum Schadensersatze, die Culpa und deren Präſtation und Folgen, den Einfluß des Zufalls auf die Obligation, Irrthum, Betrug und Zwang und Gewährleistung bei Verträgen. Diese Neuerungen hängen zwar zum Theile ganz wesentlich mit der Frage über die Construction der Begriffe zusammen (vergl. Abschn. V); aber noch wichtiger scheint mir bei

ihnen die tief eingreifende Aenderung des bestehenden Rechts, und deßhalb will ich hier näher auf sie eingehen.

Schadensersatz.

Es entsteht hier zunächst die Frage:

1. Was versteht der Entwurf unter Schaden? Der §. 770 sagt: „Schaden heißt der Erfolg eines Ereignisses, welcher Jemandem zum Nachtheile an Gesundheit, Freiheit oder Vermögen „gereicht, es mag dieser Nachtheil in einem eigentlichen Verluste „oder in einem nothwendig gewordenen Aufwande bestehen, und „es mag jener Erfolg unmittelbar oder unter der Mitwirkung „anderer Umstände herbeigeführt worden seyn."

Gegen diese Bestimmung des Begriffes des Schadens ist zu erinnern, daß hier der Entwurf den Begriff des im Privatrechte in Betracht kommenden Schadens in einer Ausdehnung nimmt, die er wohl selbst verwirft, weil er ihr keine Folgen gibt. Die Schule muß allerdings der juristischen Bestimmung der Bedeutung des Schadens einen solchen weiteren Begriff voran gehen lassen. So ist es z. B. gewiß richtig, wenn Fr. Hänel in seiner Lehre vom Schadensersatze sagt, daß „in dem gewöhnlichen, „weiteren Sinne jeder Verlust, den man erleidet, sey es an Leben, Gesundheit, Ehre, Vermögen oder irgend einem Gute, ein „Schaden" sey. Er fügt aber bei: „Im juristischen Sinne „verstehe man jedoch unter Schaden nur den Verlust, den man „an seinem Vermögen erleidet, weil nur bei diesem von Ersatz „die Rede seyn könne, und doch der Ersatz der einzige Grund „sey, aus welchem im Civilrechte der Schaden Gegenstand juristi„scher Beurtheilung werde." Das Letztere (in der Beschränkung auf Civilrecht im Gegensatze zum Strafrechte) ist gewiß richtig; liest man aber den Begriff des Entwurfes: so muß man glauben, daß der Entwurf auch die beschädigte Gesundheit, die entbehrte Freiheit zu Geld taxiren und auch für solche Schäden einen Ersatz in Geld gewähren wollte. Man sieht aber, daß dies der Entwurf nicht will; denn er gibt blos Ersatz wegen Verunstaltung (§. 821) und wegen Kurkosten, Arbeitversäumniß u. dergl., aber außerdem z. B. Demjenigen, der durch eine Verletzung auf Lebenszeit siech gemacht wird, jedoch nicht von seiner Arbeit, sondern von den Renten seines Vermögens lebt, nicht einen Ersatz wegen des Schadens an der Gesundheit, den doch der §. 770 zu

dem Schaden, also, wenn der § eine juristische Bedeutung haben soll, zu dem privatrechtlich in Betracht kommenden Schaden zählt. Und was die Freiheit betrifft, so hebt der Entwurf die Sachsenbuße ganz auf, also gerade die Buße, welche einen Ersatz für die entbehrte Freiheit geben sollte, und setzt an ihre Stelle keineswegs ein anderes Recht auf Ersatz für die Beeinträchtigung und Entbehrung der Freiheit als solcher, sondern neben der Verbindlichkeit die entzogene Freiheit wieder zu verschaffen, blos, wenn ich anders die §§. 828 und 829 recht aufgefaßt habe, den Ersatz der pecuniären Nachtheile, welche die Entziehung der Freiheit für den Verletzten zur Folge hatte, also blos eines Schadens am Vermögen.

Außerdem umfaßt von der anderen Seite der Begriff, den der Entwurf vom Schaden gibt, zu wenig, zwar nicht an sich, aber nach den Grundsätzen des Entwurfes. Denn ein Schaden an blosen Affectionen läßt sich nicht unter den Begriff des Entwurfes bringen, während doch der Entwurf den Affectionswerth zwar nicht in der Regel[51], aber doch in gewissen Fällen berücksichtigt; die Vergütung dieses Affectionswerths aber, z. B. im Falle des §. 835[52], ist gar nichts Anderes, als der Ersatz für eine verletzte blose Vorliebe, somit für einen Schaden, der aber unter den Begriff, den der §. 770 vom Schaden aufstellt, gar nicht fällt, da er weder ein Schaden an Gesundheit noch an Freiheit noch an Vermögen ist. Hiernach führen die Definitionen

---

51) Von diesem Affectionswerthe handelt zunächst der §. 100, welcher dahin lautet: „Wird eine Sache nach dem Nutzen geschätzt, welchen sie mit Rücksicht „auf Zeit und Ort gewöhnlich gewährt, so ergibt sich der ordentliche Werth. „Wird aber auf den Nutzen gesehen, welchen ein besonderes Verhältniß der „Sache zu anderen Sachen oder zu ihrem Inhaber hervorbringt, so heißt der „Werth der außerordentliche. Der Werth einer blosen Vorliebe ist „nicht zu berücksichtigen, wenn es nicht ausdrücklich nachgelassen wird, und auch „dann nicht bei vertretbaren Sachen."

Beiläufig bemerke ich hier, daß wenn man einmal in gewissen Fällen, wie es der Entwurf thut, einen Ersatz des Affectionswerthes zugibt, es sich nicht rechtfertigen läßt, diesen Ersatz auszuschließen, wenn es sich von solchen Sachen handelt, welche nach dem Gesetze im Zweifel für vertretbar gelten. Man vergl. nur, was schon Thibaut in seinen Pandecten-Dictaten (im Nachdrucke von Froben zu §. 186, oder von Braun zu §. 273) darüber sagt.

52) Der §. 835 sagt: „Wenn fremden körperlichen Sachen ein Schaden „mit Vorsatz zugefügt wurde, so ist der Verletzte selbst den Werth der besonderen „Vorliebe (§. 100) zu fordern berechtigt."

des Entwurfes auf das Resultat, daß man in manchen Fällen Ersatz für Etwas verlangen kann, was nach dem Entwurfe weder unter die Kategorie des Schadens, noch unter die des entzogenen Gewinnes gehört. Irre ich aber nicht, so wird sich auch noch das Resultat ergeben, daß in Fällen, in welchen der Entwurf ein Recht auf Ersatz „des erlittenen Schadens" einräumt, der Beschädigte nicht seinen wirklich erlittenen Schaden, sondern nur einen Theil desselben ersetzt verlangen kann.

Der Entwurf unterscheidet ausdrücklich zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, z. B. §. 816, 818. Es ist dies bekanntlich eine vieldeutige Bezeichnung, welche von den Bearbeitern unsrer Wissenschaft in verschiedenem Sinne genommen wird. Weder der Entwurf noch die Motive sagen uns bestimmt, was darunter zu verstehen sey, obgleich eine genaue Bestimmung darüber sehr nöthig und weit nöthiger seyn dürfte, als manche andere Definition, die wir im Entwurfe finden. Viele verstehen unter unmittelbarem Schaden denjenigen, der im zunächst verletzten Object selbst eintritt, unter mittelbarem den weiteren Schaden, welcher durch die Beschädigung etwa noch in anderen Beziehungen für den Beschädigten eintrat (z. B. wenn mir einer meiner Vierspänner getödtet wurde, den Schaden, den ich dadurch erleide, daß nun die drei anderen Pferde nicht mehr den Werth haben, den sie im Vereine mit dem gleichen vierten Pferde hatten), und Viele zählen deshalb auch den Entgang eines Gewinnes zu dem mittelbaren Schaden. In diesem Sinne kann aber der Entwurf den Ausdruck nicht genommen haben; denn den Entgang eines Gewinnes rechnet er gar nicht zum Schaden, sondern setzt ihn dem Schaden entgegen[53] (ob dies richtig und zweckmäßig ist, besonders da der Entwurf gar keine technische Bezeichnung für die Gesammtheit des positiven und negativen Schadens hat, möchte zu bezweifeln seyn), und was man sonst noch unter mittelbarem Schaden in dem angegebenen Sinne begreift, kann der Entwurf nicht darunter verstehen, weil er auch dieses dem mittelbaren Schaden ausdrücklich entgegensetzt; denn im §. 100 spricht er, im Gegensatze zum ordentlichen Werthe einer

---

53) Es sagt nämlich der §. 771: „Von dem Schaden unterscheidet sich der „Entgang des Gewinns, welchen Jemand erlangt haben würde, wenn das „Ereigniß nicht vorgefallen wäre."

Sache, von dem außerordentlichen, der auf die verletzten besonderen Verhältnisse der Sache zu anderen Sachen oder zu ihrem Inhaber sich bezieht (s. Not. 51) und unterscheidet im §. 818 ausdrücklich den Ersatz dieses außerordentlichen Werths (welcher eben zu jenem mittelbaren Schaden gehört) von dem Ersatze des mittelbaren Schadens, nimmt also hiernach den mittelbaren Schaden in einem anderen Sinne. Dieser Sinn ist wohl in den Schlußworten des §. 770 angedeutet, indem hier von einem beschädigenden Erfolge die Rede ist, „möge er unmittelbar oder unter „der Mitwirkung anderer Umstände herbeigeführt worden seyn" (ebenso sprechen die Motive zu §. 818 von unmittelbaren und mittelbaren Folgen einer That). Der Entwurf bezieht also die Unterscheidung eines mittelbaren und unmittelbaren Schadens, wie es scheint (und wie es auch viele Civilisten thun), auf den Causalzusammenhang zwischen dem beschädigenden Ereignisse und dem eingetretenen Schaden. Dabei möchte man aber fragen, ob es sich wohl rechtfertigt, in den „Begriff des Schadens" überhaupt diesen Causalzusammenhang aufzunehmen, ob hier nicht zwei verschiedene Fragen vermischt werden, und ob die Andeutung, die der Entwurf gibt, nicht eine zu unbestimmte allgemeine ist, besonders, wenn man den Begriff des §. 770 mit dem in anderen §§ Gesagten vergleicht. Denn nach §. 770 ist unter „Schaden" begriffen der mittelbare und unmittelbare Schaden, ferner der Schaden am ordentlichen und außerordentlichen Werthe (des §. 100). Wenn daher der Entwurf an anderen Stellen sagt, daß man den erlittenen Schaden ersetzt verlangen könne: so sollte man meinen, daß sich dies auf den gesammten Schaden des §. 770 beziehe; allein bei der Ersatzfrage versteht der Entwurf unter „erlittenem Schaden" weit weniger als der Begriff des Schadens, den der §. 770 gibt, umfaßt. Was nämlich

2. die Frage betrifft, für welche Nachtheile man Ersatz verlangen könne, wenn man von einem Anderen durch eine widerrechtliche Handlung beschädigt wird: so antwortet darauf das bestehende Recht einfach: man kann vom Beschädiger jeden Schaden (sey es ein positiver oder bestehe er in entgangenem Gewinn) ersetzt verlangen, welcher durch die beschädigende widerrechtliche Handlung selbst wirklich herbeigeführt wurde, mag diese widerrechtliche Handlung eine dolose oder culpose seyn. Der Entwurf ändert dieses bestehende Recht ganz wesentlich ab.

Zunächst führt er eine ganz neue Terminologie für die Bezeichnung des Gegenstandes der Ersatzpflicht ein, welche aber nicht glücklich gewählt zu seyn scheint. Der §. 815 sagt: „Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so heißt „er einfache Vergütung, wofern er sich aber auf den ent- „gangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten persön- „lichen Verletzung erstreckt, volle Genugthuung." Bleiben wir vorerst bei diesen Definitionen stehen[54]: so möchte man fragen, was versteht der § eigentlich unter einfacher Vergütung und unter voller Genugthuung? Es sind zwei Auslegungen möglich, deren Resultat gleich wenig befriedigend seyn dürfte. Man kann unter einem Ersatze, der den erlittenen Schaden „betrifft," also unter der einfachen Vergütung des Entwurfes, einen Ersatz verstehen, der sich auf den erlittenen Schaden bezieht, also nicht gerade ihn umfaßt, so daß die Definition blos im Allgemeinen den Gegenstand der einfachen Vergütung, aber nicht das Maaß, in welchem dieser Gegenstand zu leisten ist (ob ganz oder nur zum Theile) bezeichnen würde, und für diese Auslegung scheint zu sprechen, daß wirklich die einfache Vergütung des Entwurfes, wie sich nachher ergeben wird, nicht den Ersatz des gesammten erlittenen Schadens begreift. Aber bei näherer Erwägung kann man doch nicht annehmen, daß der Entwurf durch „einfache Ver- „gütung" bloß bezeichnen will einen Ersatz, der sich auf den erlittenen Schaden bezieht und durch „volle Genugthuung" einen Ersatz, der sich auf den entgangenen Gewinn bezieht, ohne damit auch sagen zu wollen, daß wirklich im ersteren Falle der ganze erlittene Schaden, im letzteren der ganze entgangene Gewinn ersetzt werden solle; denn sonst wären die §§, welche sagen, man könne einfache Vergütung oder man könne volle Genugthuung fordern (z. B. §. 838, 678, 692), ohne gehörige Bedeutung, indem sie blos sagen würden, man könne im ersteren Falle eine Vergütung fordern, die sich auf den Schaden, im letzteren eine fordern, die sich auf den Gewinn bezieht, ohne, was die Haupt-

---

54) Die Quelle unseres §, nur nicht die ganz wörtliche, ist wieder das Oesterreichische Gesetzbuch. Dieses sagt §. 1323: „Betrifft der Ersatz nur den „erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung, wofern „er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der ver- „ursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugthuung genannt."

sache ist, zu sagen, inwieweit man für jenen Schaden und diesen Gewinn Vergütung ansprechen könne. Es ist daher wohl die zweite mögliche Auslegung die richtige, daß nämlich der Entwurf mit seinen Definitionen nicht blos bezeichnen will, worauf sich der betreffende Ersatz überhaupt bezieht, was er betrifft, sondern auch das Maaß bestimmen will, daß er also unter einfacher Vergütung versteht den Ersatz des erlittenen Schadens (aber nicht mehr, z. B. nicht den Ersatz des entgangenen Gewinnes), unter voller Vergütung aber noch mehr, namentlich den Ersatz des entgangenen Gewinnes.

Nimmt man aber auch den § in diesem Sinne, so sagt er, wenn man andere Bestimmungen des Entwurfes vergleicht, doch zu viel und zu wenig. Was nämlich die einfache Vergütung betrifft, so werden wir durch deren Definition zunächst verwiesen auf den Begriff des Schadens (sie soll ja ein Ersatz „des „erlittenen Schadens" seyn), und wenn man nun in dem Abschnitte, welcher vom Begriffe des Schadens handelt, nachschlägt und findet, daß dieser unter „Schaden" den gesammten positiven Schaden begreift und ihm blos entgegensetzt den Entgang eines Gewinnes (§. 770, 771): so sollte man glauben, die einfache Vergütung umfasse den Ersatz des gesammten erlittenen Schadens im Gegensatze zum Ersatze des entgangenen Gewinnes. Allein schon aus der Definition der vollen Genugthuung ergibt sich eine Beschränkung der einfachen Vergütung auf einen blosen Theil des erlittenen Schadens (es wird die Tilgung der verursachten persönlichen Verletzung von der einfachen Vergütung ausgeschlossen) und der §. 816 beschränkt sie noch weiter auf den unmittelbaren Schaden und den Ersatz des ordentlichen Werthes.[55] Hiernach begreift die einfache

---

55) Der §. 816 sagt nämlich: „Bei der einfachen Vergütung kommt nur „der unmittelbare Schaden, und, insoweit es sich von dem Werthe einer Sache „und deren Nutzungen handelt, der ordentliche Werth (§. 100) zur Zeit der „Beschädigung und der gewöhnliche Nutzen, endlich, insoweit die Entziehung „des Gebrauchs einer Sache oder einer Dienstleistung in Frage steht, der „gesammte dadurch nöthig gewordene Aufwand (Kosten und Verläge) in „Betracht."

Hier verläßt der Entwurf seine Quelle. Denn eine solche Bestimmung enthält, so viel ich finde, das Oesterreichische Gesetzbuch nicht, und wohl sehr mit Recht.

Vergütung blos den Ersatz eines Theiles des erlittenen Schadens (die vera rei aestimatio). So stellt sich die Bedeutung der einfachen Vergütung erst durch den Zusammenhalt verschiedener §§ heraus und zwar eine Bedeutung, die mit der Definition des §. 815 gar nicht im Einklange steht. — Aber auch die Bezeichnung ist doch wohl eine nicht geeignete. Was ist denn der wahre Sinn einer einfachen Vergütung und was ist ihr wahrer Gegensatz? Ich zweifle nicht, daß Jeder antworten wird — eine einfache Vergütung ist eine Vergütung im einfachen Betrage, ihr Gegensatz ist eine mehrfache Vergütung. Allein nach dem Entwurfe bedeutet die einfache Vergütung etwas ganz Anderes; sie bezeichnet blos eine theilweise Vergütung und ihr Gegensatz soll die vollständige, die volle Genugthuung seyn.[56]

Aber auch bei der Bestimmung der vollen Genugthuung würde sich wohl Manches erinnern lassen. Nach §. 815 heißt ein Ersatz volle Genugthuung, „wofern er sich auf den entgange„nen Gewinn und die Tilgung der verursachten persönlichen „Verletzung erstreckt.“ Hier scheint ein Hauptpunkt ausgelassen zu seyn. Die volle Genugthuung soll doch wohl nicht blos Ersatz des entgangenen Gewinnes und Tilgung der persönlichen Verletzung, wie es der Entwurf ausdrückt, enthalten, sondern auch den Ersatz des übrigen erlittenen Schadens; diesen läßt aber der Entwurf in seiner Definition der vollen Genugthuung ganz aus. Er definirt blos das Interesse nach Abzug der vera rei aestimatio, während doch die volle Genugthuung das Gesammtinteresse, also mit Inbegriff der vera rei aestimatio enthalten muß. So ist es wohl auch vom Entwurfe gemeint; aber dann sollte es in der Definition gesagt seyn.[57] Allein wenn auch die Definition dahin vervollständigt würde, daß sie auch die vera rei aestimatio begreift: so gibt die Definition noch anderen Zweifeln Raum und überdies sehen wir aus anderen §§, daß selbst bei dieser Vervollständigung die „volle Ge-

---

56) Auch hier drückt sich das Oesterreichische Gesetzbuch besser aus (Not. 54).

57) Auch hier hätte der Entwurf seiner Quelle genauer folgen sollen. Das Oesterreichische Gesetzbuch definirt in dieser Beziehung ganz richtig; bei unsrem Entwurfe aber ist das Wörtchen **auch**, welches der §. 1323 des Oesterr. G.-B. enthält (s. Not. 54), ausgefallen.

nugthuung" des Entwurfes noch keineswegs das gesammte Interesse umfaßt, somit keine volle Genugthuung ist.

Was heißt nämlich die „Tilgung der verursachten persön„lichen Verletzung," welche zur vollen Genugthuung gehören soll? Ich gestehe, daß ich diese Frage mit Sicherheit nicht zu beantworten weiß (die Motive sagen, soviel ich finde, nichts darüber). Soll es den Schaden an Gesundheit und Freiheit, von welchem der §. 770 spricht, im Gegensatze zum Schaden am Vermögen bedeuten? Dies kann doch wohl nicht gemeint seyn. Zwar wird man sehr zweifelhaft darüber, wenn man die Quelle unseres § vergleicht. Was unser § durch „persönliche Verletzung" ausdrückt, drückt das Oesterreichische G. B. durch „Beleidigung" aus (Not. 54), und v. Zeiller und Winiwarter beziehen dies namentlich auf „Entrichtung eines Schmerzengeldes, Widerruf „einer Beschimpfung" (so v. Zeiller), oder darauf, daß „die „Wunde geheilt, die Ehrenbeleidigung widerrufen werde" (so Winiwarter). Aber unser Entwurf kann doch etwas dieser Art nicht gemeint haben. Denn von Schmerzengeld und Widerruf einer Beleidigung spricht er überhaupt gar nicht; sollte man es aber auf Heilung, Curkosten, Wiederherstellung der entzogenen Freiheit u. dergl. beziehen wollen: so ist zu beachten, daß unser Entwurf (auch hier wieder vom Oesterreichischen G. B. mit Unrecht abweichend) ein Recht auf volle Genugthuung nur bei doloser Beschädigung gibt (§. 818), aber doch unmöglich angenommen werden kann, daß er nur bei doloser Beschädigung ein Recht auf Ersatz jener Verletzungen gewähren wollte. So werden wir also unter der „persönlichen Verletzung" des Entwurfes nicht Das verstehen können, was seine Quelle unter „Belei„digung" versteht. — Soll daher etwa damit der außerordentliche Werth des §. 100 (Not. 51) gemeint seyn? Aber auch dies kann, abgesehen davon, daß es auf eine nicht geeignete Weise ausgedrückt wäre, nicht gemeint seyn, indem der §. 818 keineswegs unter der vollen Genugthuung als solcher den Ersatz dieses außerordentlichen Werthes versteht (s. nachher). Was soll es aber sonst bezeichnen? Etwa den Werth der blosen Vorliebe, von welchem der §. 100 auch spricht? Obwohl dadurch die Ausnahme der in §. 100 a. E. ausgesprochenen Regel einen sehr weiten Umfang bekommt und obwohl man nicht leicht darauf kommen wird, in der „Tilgung der verursachten persönlichen Verletzung"

den Ersatz des Werthes der besonderen Vorliebe (§. 835) oder, wie es der §. 100 bezeichnet, der blosen Vorliebe zu verstehen: so wird man doch wohl den Ausdruck in diesem Sinne zu nehmen haben. Denn der §. 818 gibt bei absichtlich verursachtem Schaden dem Beschädigten ein Recht auf „volle Genugthuung" und die Motive zu einem späteren § (zu §. 835 über Sachbeschädigung) sagen: man sey (bei §. 835) davon ausgegangen, „daß, wer den dem Anderen entstehenden Schaden beabsichtigt, „mithin vorsätzlich zugefügt hat, eben dieser seiner Bosheit wegen „keine schonende Rücksichtsnahme verdient, vielmehr es nicht blos „billig, sondern auch gerecht sey, daß er dem Beschädigten „im vollsten Umfange Genugthuung gewähre, demnach „selbst den Werth besonderer Vorliebe erstatte." Nun können aber die Motive Das, was sie bei doloser Sachbeschädigung für billig und gerecht erklären, unmöglich blos auf Sachbeschädigung beschränken, bei anderen dolosen Verletzungen (man denke nur an Diebstahl) verweigern wollen. So kommen wir auf das Resultat, daß unter jenen Worten Affectionen verstanden sind (ob nicht noch Weiteres, ist nicht zu ermitteln) und daß daher die „volle Genugthuung" des Entwurfes jedenfalls bezeichnet den Ersatz des erlittenen (positiven) Schadens, des entgangenen Gewinnes und des Werthes der blosen Vorliebe.

Allein aus §. 818 sehen wir, daß, wie die „einfache Vergütung" des Entwurfes nur den Ersatz eines Theiles des erlittenen Schadens begreift, so auch seine „volle Genugthuung" in Wirklichkeit eine volle Genugthuung oder gar eine im vollsten Umfange — nicht ist, und daß, obwohl die angeführte Stelle der Motive bei absichtlich verursachtem Schaden dem Beschädigten „im vollsten Umfange Genugthuung zu gewähren" für recht und billig erklären, doch nach §. 818 einem solchen Beschädigten nicht einmal vollständige Genugthuung zu leisten ist.

Ueber die Frage nämlich, welche Nachtheile man ersetzt verlangen könne, bestimmt der §. 818 Folgendes: „In dem Falle „eines absichtlich verursachten Schadens ist der Beschädigte „volle Genugthuung, in anderen Fällen aber nur die „einfache Vergütung zu fordern berechtigt. Doch ist ein Beschädiger auch den mittelbaren Schaden und den außerordentlichen Werth zu ersetzen verbunden, insoweit er jenen „voraussehen und das den außerordentlichen Werth begründende

„Verhältniß wußte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen „konnte."

Dieser § (vergl. auch unten Note 58) enthält eben die oben berührte bedeutende Aenderung am bestehenden Rechte. Untersuchen wir zunächst ihren Umfang. Bei absichtlich verursachtem Schaden, also bei Dolus, soll der Beschädiger volle Genugthuung leisten. Hier sollte man meinen, daß unter der vollen Genugthuung doch der Ersatz alles und jeden durch die beschädigende Handlung verursachten Schadens begriffen sey. Allein die zweite Periode des §, welche so allgemein gefaßt ist, daß sie sich offenbar auf beide Fälle der ersten Periode bezieht, bestimmt, daß „ein Beschädiger" (also ein doloser oder culposer) den mittelbaren Schaden und sogar den außerordentlichen Werth nur in gewissen Fällen, nämlich den mittelbaren Schaden nur dann, wenn er ihn voraussehen, und den außerordentlichen Werth nur dann, wenn er das ihn begründende Verhältniß kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen konnte, zu ersetzen verpflichtet seyn soll. Diese beschränkende Bestimmung wird namentlich bei dolosen Beschädigungen durch Das, was die Motive dafür anführen, nicht gerechtfertigt und ist auch in der That wohl nicht zu rechtfertigen.[58]

---

58) Die Motive sagen nämlich: „Wenn man es auch dem natürlichen „Rechte entsprechend fand, daß der Beschädiger, es mag die Beschädigung auf „Absicht oder einem Versehen beruhen, für alle Folgen, ohne Unterschied „zwischen unmittelbaren und mittelbaren, ferner zwischen ordentlichem und „außerordentlichem Werthe, verbindlich erklärt werde, so mußte doch anderer „Seits gegen diese strenge und consequente Durchführung des „Princips erwogen werden, daß es mindestens unbillig sey, jeden Beschä„diger für alle mit seinem Versehen in ursachlichem Zusammenhange stehende „Nachtheile noch so entfernter und versteckter Art haften zu lassen. Eine solche „Strenge mußte zu einer Aengstlichkeit führen, welche den Verkehr der „Menschen nur hemmen würde. Sie ließe sich selbst nicht ganz mit den aufge„stellten Grundsätzen über die Verschuldung in Einklang bringen und findet sich „auch in keiner Gesetzgebung älterer und neuerer Zeit vor. Oft wird auch dem „Beschädigten selbst bei der Wichtigkeit der Beziehung des beschädigten Gegen„standes auf andere Sachen oder Verhältnisse, die er nur allein übersehen „konnte, ein Vorwurf insofern gemacht werden können, als er die deshalb er„forderlichen Vorsichtsmaaßregeln nicht selbst getroffen hat. Man hat sich da„her sowohl in objectiver als in subjectiver Hinsicht zu Beschränkungen des Er„satzes bewogen fühlen müssen und deßhalb weder die Fahrlässigkeit den stren-

Was namentlich die Motive über die Aengstlichkeit bemerken, welche durch eine strenge und consequente Durchführung des dem natürlichen Rechte entsprechenden Princips herbeigeführt werden müßte, widerlegt sich theils durch die Erfahrung, die wir auf dem Boden des bestehenden Rechts mit dieser consequenten Durchführung bis jetzt machten, indem dieses die Beschränkungen des Entwurfes nicht enthält, eine nachtheilige Wirkung auf den Verkehr der Menschen daraus aber nicht wohl hervorgegangen ist. Anderen Theils kann jenes Bedenken auf dolose Beschädigungen gar keine Anwendung leiden, da ja nur zu wünschen ist, daß die Aengstlichkeit im Entschlusse zu solchen Beschädigungen möglichst allgemein werden möchte. Ebenso kann ein Vorwurf, der dem Beschädigten in Wahrung des Seinigen zu machen wäre, bei dolosen Beschädigungen, die er erlitt, eine Bedeutung für die Minderung der Ersatzpflicht des böslichen Beschädigers nicht haben (wie dies auch das bestehende Recht anerkennt). Was aber den ursachlichen Zusammenhang betrifft, so kommt es bei ihm nicht auf die „entfernte" oder „versteckte" Art an, sondern eben auf die wirkliche Existenz dieses Zusammenhanges — eine Frage, welche allerdings in der Anwendung bei der Beurtheilung des concreten Falles oft große Schwierigkeiten hat. Aber wenn auch hier eine legislative Vorkehrung und Beschränkung sich rechtfertigen möchte: so ist dies doch nicht bei der Beschränkung der Fall, welche der Entwurf macht. Denn diese geht so weit, daß sie beim unzweifelhaftesten Causalzusammenhange die gerechtesten Ansprüche auf Ersatz abweist. Soll z. B. Derjenige, der mein schönes Pferd auf die boshafteste Weise tödtete, sich darauf berufen können, daß er nicht gewußt habe, auch nicht habe wissen können, daß dieses Pferd zu einem werthvollen Postzuge gehöre und er deßhalb blos den Werth des Pferdes an sich, aber nicht die Minderung des Werthes meiner drei anderen Pferde zu ersetzen brauche? Wollte man aber erwidern, daß es bei einem solchen Beschädiger stets die Pflicht der Aufmerksamkeit fordere, das wahre Verhältniß der beschädigten Sache zu anderen Sachen und zu ihrem Inhaber zu erforschen, ehe er die Sache beschädige, und er in

---

„geren Bestimmungen über die Absichtlichkeit unterwerfen, noch alle mittelbaren Folgen gleich den unmittelbaren überall zum Gegenstande des Ersatzes gemacht."

solchen Fällen unbedingt für sein Nichtwissen zu haften habe, so würde dadurch für den dolosen Beschädiger die ganze Beschränkung des §. 818 bedeutungslos. Auch weiß ich die Beschränkung mit Dem, was der Entwurf über den entgangenen Gewinn bestimmt, principiell gar nicht zu vereinigen. Nach der ersten Periode des §. 818 hat der dolose Beschädiger unbeschränkt volle Genugthuung zu leisten; unter der vollen Genugthuung ist aber nach §. 815 jedenfalls enthalten der Ersatz des entgangenen Gewinnes und nach der wahrscheinlichen Auslegung desselben auch noch Ersatz der verletzten besonderen Vorliebe; für diese Ersatzpflicht setzt der Entwurf keine besondere Beschränkung fest; denn die erste Periode des §. 818 spricht sie unbedingt und unbeschränkt aus, die Beschränkung der zweiten Periode bezieht sich blos auf den mittelbaren Schaden und den außerordentlichen Werth; unter dem mittelbaren Schaden aber kann nach §. 771 der Entgang des Gewinnes nicht verstanden seyn, und der Werth der blosen Vorliebe ist nach §. 100 unter dem außerordentlichen Werthe nicht enthalten. Soll also ein doloser Beschädiger für den entgangenen Gewinn und für die verletzte Vorliebe unbedingt, somit auch dann haften, wenn er das Verhältniß, welches dem Beschädigten eine sichere Aussicht auf Gewinn gewährte und welches dessen besondere Vorliebe zum Gegenstande begründete, nicht kannte und nicht kennen konnte? dagegen für den mittelbaren Schaden und den außerordentlichen Werth blos dann haften, wenn er das vermittelnde Moment kannte oder kennen konnte? Hierin liegt ein principieller Widerspruch, der um so größer ist, als gerade in Beziehung auf Ersatz eines Gewinnes und einer verletzten Vorliebe weit eher eine mildere Beurtheilung zu rechtfertigen ist, als in Beziehung auf positiven Schaden. Oder ist etwa die zweite Periode des §. 818 gar nicht auf den absichtlich verursachten Schaden zu beziehen, sondern blos auf die „anderen Fälle" der ersten Periode? Dies kann man nach der Fassung des §. 818 und 815 und nach den Motiven nicht annehmen, und wenn es je der Sinn des Entwurfes wäre: so müßten die genannten §§ völlig anders gefaßt werden.[59]

---

59) Auch hier liegt wieder einer der vielen Fälle vor, in welchem zu wünschen gewesen wäre, daß der Entwurf sich noch mehr an seine Quelle gehalten

Aber auch in anderer Beziehung geht der §. 815 in der Beschränkung der Ersatzverbindlichkeit viel zu weit. Wenn der Schaden nicht absichtlich, wenn er also aus Fahrlässigkeit verursacht ist, soll der Beschädiger nicht zu voller Genugthuung verpflichtet seyn. Das bestehende Recht geht von dem Grundsatze aus, daß, wenn Jemand durch eine solche Fahrlässigkeit, für welche er im concreten Falle einzustehen hat, Andere beschädigt, er für jeden Schaden (mit Einschluß des entgehenden Gewinnes) haften muß, vorausgesetzt natürlich den nachgewiesenen erforderlichen Causalzusammenhang. Gründe der Gerechtigkeit, Dieses zu ändern, werden sich wohl nicht nachweisen lassen; jedenfalls wird sich eine so weit greifende Aenderung nicht begründen lassen, wie sie der Entwurf enthält, welcher selbst den Beschädiger, der durch die gröbsten Fahrlässigkeiten Andere verletzt, von der Pflicht der vollen Genugthuung freispricht und ihm blos eine Verbindlichkeit zu theilweisem Ersatze auferlegt.[60] Ebensowenig werden die Erfahrungen, die wir auf dem Boden des bestehenden Rechts gemacht haben, eine Unzuträglichkeit oder Mißlichkeit und Unzweckmäßigkeit des angeführten Grundsatzes desselben herausgestellt haben, so daß auch hier wieder die großen und weitgreifenden Aenderungen, die der Entwurf am Bestehenden traf, sich nicht rechtfertigen werden. Man versuche es nur einmal, die Grundsätze des Entwurfes auf die Folgen des Verzugs anzuwenden, und man wird sich überzeugen, wie tief sie in unsre Verkehrsverhältnisse auf eine dem Verkehre gewiß nicht förderliche und dem Rechtsgefühle nicht entsprechende Weise eingreifen werden.[61] Auch ist wohl die angeführte Bestimmung des Entwurfes

---

hätte. Das Oesterreichische Gesetzbuch §. 1324 sagt: „In dem Falle eines „aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen „Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt." — Die zweite Periode unseres §. 818 aber findet sich im Oesterreichischen Gesetzbuche mit Recht gar nicht.

60) Auch hierin war jedenfalls die Bestimmung des Oesterreichischen Gesetzbuches (Not. 59) vorzuziehen.

61) Der Entwurf faßt sich überaus kurz über die Folgen des Verzugs; er sagt nämlich §. 635: „Insoweit die Folgen eines Verzugs nicht für besondere „Fälle durch Gesetz oder sonst festgestellt sind, werden sie nach den Vorschriften „über die widerrechtliche Vorenthaltung des Besitzes und über die Ersatzpflicht „beurtheilt." Zu den besonderen Fällen, die hier erwähnt werden, gehört

nicht in Einklang zu bringen mit Dem, was der §. 151 und 154 über die Haftpflicht eines unredlichen Besitzers festsetzt, besonders wenn anzunehmen ist, daß der Entwurf eine Unredlichkeit beim Besitze nicht blos bei wirklicher Unredlichkeit, sondern auch in gewissen Fällen der Fahrlässigkeit annimmt (ob. S. 51).

Ueberdies ist bei der Weise, wie der Entwurf sich in einzelnen §§ über die Ersatzpflicht ausdrückt, es sehr zweifelhaft, in manchen Fällen wohl gar nicht mit Sicherheit entscheidbar, welcher Umfang der Ersatzpflicht gemeint ist. Der Entwurf hält sich nämlich bei vielen §§, in denen er von der Ersatzpflicht spricht, nicht an seine angeführte Terminologie (einfache Vergütung, volle Genugthuung). Er scheint davon auszugehen, daß dies deßhalb nicht nöthig sey, weil in §. 818 gesagt sey, daß man bei absichtlich verursachtem Schaden volle Genugthuung, in anderen Fällen aber nur einfache Vergütung zu leisten habe, und er fügt deßhalb im §. 819 bei: „Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetz„buche Jemand im Allgemeinen für verbunden zum Ersatze „erklärt wird, zu beurtheilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sey." Dies führt allerdings sicher in Fällen, in welchen das Gesetzbuch im Allgemeinen sagt, daß Jemand „zum Ersatze verbunden" sey; aber wie ist es denn zu halten, wenn ein § ohne Beschränkung sagt, man müsse „für den Schaden haften?" z. B. 804, 805, 806, 809 (sie handeln von Fällen des Haftens für eigene Fahrlässigkeit und für Handlungen Dritter). Man wird dies wohl nicht auf jeden Schaden zu beziehen haben, sondern die Beschränkung des §. 818 zur Anwendung bringen, also in der Regel den Ersatz des mittelbaren Schadens und des außerordentlichen Werthes ausschließen sollen, obwohl z. B. in

---

§. 838, welcher sagt: „Derjenige, welchem der Andere [? der § steht gar nicht im Zusammenhange mit dem vorhergehenden; es sollte daher wohl heißen ein Schuldner] die Zahlung eines Capitals verzögert, kann gesetzliche Verzin„sung des letzteren auf die Dauer der Zögerung oder an deren Statt einfache „Vergütung des erlittenen Schadens fordern" — und diese Vorschrift wird im §. 839 auch auf den „Fall der widerrechtlichen Benutzung von Geldern, welche „Jemand für einen Anderen inne hat," erstreckt. Also wer sich einen Verzug in Zahlung eines Capitals zu schulden kommen läßt, sogar wer fremde Gelder widerrechtlich benützt, wird blos zur einfachen Vergütung des erlittenen Schadens d. h. nach dem beschränkten Umfange der einfachen Vergütung des Entwurfes, nur zu theilweisem Schadensersatze, namentlich nicht zum Ersatze des lucrum cessans verpflichtet.

§. 301 auch allgemein von „Erstattung der Schäden" die Rede ist und hier der Ausdruck in den Motiven unbedingt auch auf den mittelbaren Schaden bezogen wird. Aber wenn auch das Haften „für **den** Schaden" so zu beschränken ist, was heißt es dann, wenn andere Stellen vom Haften für **jeden** Schaden sprechen, wie z. B. der §. 808.[62] Unter jedem Schaden sollte doch wohl der Leser des Gesetzes wirklich jeden Schaden zu verstehen, und anzunehmen haben, daß dadurch mehr gesagt seyn soll, als der Entwurf unter dem Haften „für den Schaden" begreift, wenn dieses letztere Haften nicht jeden Schaden umfaßt. Hieraus würde aber z. B. folgen, daß, wer schädliche Thiere hält, wegen seiner Fahrlässigkeit nicht nur für den unmittelbaren, sondern auch für den mittelbaren Schaden und für den Ersatz des außerordentlichen Werthes, und zwar ohne die Beschränkungen des §. 818 hafte, weil das Gesetz ihm ein Haften für jeden Schaden auferlegt, daß er also in diesen Beziehungen für mehr hafte, als nach §. 818 der dolose Beschädiger zu verantworten hat. Ist dies aber, wie es der Fall seyn wird, nicht gemeint, so sollte das Gesetz doch wohl nicht von „Haften für jeden Schaden" in einem Falle sprechen, in welchem für Das, was nach §. 770 unter den Begriff von Schaden fällt und was als doch jedenfalls unter jeden Schaden fallen sollte, nur zum Theile gehaftet werden soll. Noch zweifelhafter wird aber die Auslegung anderer Stellen, welche nicht von „Schaden," sondern blos von „Nachtheil" sprechen, und zwar von „**allem** Nachtheile." Das Wort Schaden hat nach dem Entwurfe eine bestimmte, technische Bedeutung, es bezeichnet blos den positiven Schaden, nicht auch das lucrum cessans; wenn daher das Wort Schaden im Entwurfe gebraucht wird, so ist es unzweifelhaft, daß der entgangene Gewinn nicht darunter zu begreifen ist; aber dem Worte „Nachtheil" legt der Entwurf nirgends eine so beschränkte Bedeutung bei, und ein Nachtheil ist doch jedenfalls das Entgehen eines Gewinnes, und wenn daher ein § ein Haften „für **allen** Nachtheil" auferlegt: so sollte man meinen, daß damit der Ersatz auch des mittelbaren Schadens, des außerordentlichen

---

62) „Wer reißende oder sonst ihrer Natur nach schädliche Thiere hält, haftet „für jeden Schaden, welchen sie Anderen zufügen, insoweit diese ihn nicht „selbst veranlaßten."

Werthes und sogar des entgangenen Gewinnes begriffen sey. Dadurch würde man aber zu dem Resultate kommen, daß bei dem s. g. casus mixtus, wenn er auch blos durch eine Fahrlässigkeit veranlaßt wurde, die Ersatzpflicht viel weiter geht, als wenn man Jemanden direct durch Fahrlässigkeit, und selbst als wenn man Jemanden durch Arglist beschädigt![63]

Endlich könnte man auch noch fragen, unter welche Kategorie des Schadens das schadende Bestehen eines Vertrages und unter welche Kategorie des Ersatzes die Aufhebung eines solchen Vertrages fällt. Nach dem bestehenden Rechte nämlich kann bei einem entgeltlichen Vertrage, wenn der eine Theil nicht zur rechten Zeit in gehöriger Weise erfüllt oder die Erfüllung verweigert, der andere Theil Ersatz seines Interesses verlangen, und wenn dieses Interesse gerade darin besteht, daß nun der Vertrag aufgehoben werde, weil er für ihn durch den Verzug sein wesentliches Interesse verloren hat, so kann er die Aufhebung des Vertrages verlangen. Wie ist es wohl nun hier nach dem Entwurfe zu halten? Bei dem Verzuge spricht von dieser Frage der Entwurf nicht besonders; er enthält blos die in Note 61 angeführte Bestimmung; der §. 743 aber sagt im Abschnitte von den Verträgen Folgendes: „Wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht, oder nicht zu „der gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte oder auf die be„dungene Weise erfüllt, so ist der andere Theil, außer den in „den Gesetzen bestimmten Fällen oder dem eines ausdrücklichen „Vorbehalts, nicht berechtigt, die Aufhebung zu verlangen, son„dern kann nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz „fordern." Wenn man aber in einem solchen Falle nicht berechtigt ist, die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, wenn man nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz fordern kann: so wäre dadurch den Worten nach Das, was in der angegebenen Beziehung bestehenden Rechtens ist, geändert; aber Dieses würde zu einem eigenen Resultate führen und lag wohl

---

63) Der §. 774 sagt nämlich: „Hat aber Jemand durch sein Verschulden „veranlaßt, daß ein Zufall dem Anderen schädlich geworden, hat er gegen ein „gesetzliches Gebot oder Verbot, welches den zufälligen Beschädigungen vor„beugen soll, gehandelt, oder sich außer dem Falle der Noth (§. 750) in fremde „Geschäfte gemischt, so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer„dem nicht erfolgt wäre."

nicht in der Absicht des Entwurfes. Allein dann mußte wohl jedenfalls der §. 743 etwas anders gefaßt werden.

Auch gegen andere speziellere Bestimmungen, welche sich in dem von der Verbindlichkeit zum Ersatze handelnden Abschnitte finden, wäre wohl Manches einzuwenden. Ich will hier nur Einiges kurz andeuten.

Der Entwurf dehnt die Haftpflicht in manchen Fällen sehr weit aus, in einer Weise, die mit dem bestehenden Rechte nicht im Einklange steht und bei welcher wieder die Neuerung schwerlich sich rechtfertigen dürfte. So bestimmt er z. B. in §. 780, daß wer „als Sachverständiger in Angelegenheiten seiner Kunst „oder Wissenschaft einen nachtheiligen Rath ertheilt, auch für das „blose Versehen verantwortlich" sey. Dies ist eine bedeutende Abweichung vom bestehenden Rechte, welches bei einem solchen Rathertheilen (natürlich, wenn es sich nicht von einem Vertragsverhältnisse handelt, in welchem man sich zum Rathertheilen verpflichtete) nur für Dolus verantwortlich macht, und es liegt hier wieder ein Fall vor, bei welchem der Entwurf doch wohl mehr bei seiner Quelle (welche übrigens etwas zu eng gefaßt ist) hätte bleiben sollen. Das Oesterreichische Gesetzbuch sagt nämlich in §. 1300: „Ein Sachverständiger ist auch dann verantwort„lich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner „Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachtheiligen Rath „ertheilt."

Eine andere bedeutende Ausdehnung der Ersatzverbindlichkeit enthält der §. 802. Das bestehende Recht läßt meines Wissens in den Fällen, von welchen dieser § handelt[64], eine Haftpflicht nur eintreten, wenn man sich einer Fahrlässigkeit in der Aufsicht über die im § genannten Personen schuldig machte, beschränkt also die Haftpflicht auf eine Verschuldung. Aber gar zu weit ist es doch wohl gegangen, wenn man in solchen Fällen (z. B. wenn Jemand einen ungerathenen oder unglücklichen Verwandten,

---

64) Der §. sagt: „Wer Personen, von denen er weiß, daß sie wegen „Geistes- oder Körperkrankheit oder wegen eines überwiegenden Hanges zu „groben Lastern oder wegen ihrer Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit bei dem „Gebrauche von Feuer und Licht gefährlich sind, bei sich aufnimmt oder länger, „als er verbunden ist, bei sich behält, haftet dem Hausherrn und [den] Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Eigenschaft dieser [richtiger wohl jener] Personen verursachten Schadens."

um für ihn zu sorgen, in das Haus nimmt) unbedingt für Das, was der Aufgenommene in den im § genannten Beziehungen thut, haften soll.[65]

Von einer anderen Seite beschränkt der Entwurf, im Gegensatze zum bestehenden Rechte, die Ersatzverbindlichkeit in einem Falle, wo doch wohl das bestehende Recht den Vorzug verdient. Der §. 809 sagt: „In Ansehung der Hausthiere haftet der, „welcher sie hält, nur für den Schaden, welcher aus der verabsäumten Aufsicht über sie entspringt." Der Entwurf erkennt also eine Ersatzpflicht für einen durch Hausthiere angerichteten Schaden nur dann an, wenn Der, welcher sie hält, sich einer Fahrlässigkeit schuldig machte. Die Motive begründen die hierin liegende Aenderung des bestehenden Rechts eigentlich nicht; sie sagen blos: „Ist die Entschädigungsverbindlichkeit einmal begründet, so muß „sie auch als eine unbedingte angesehen werden, weßhalb die zu „Gunsten des Thiereigenthümers im zeitherigen Rechte sich findende noxae datio nicht beizubehalten ist." Allein dadurch wird das wesentliche Moment, auf welches es ankommt, gar nicht getroffen. Der Entwurf spricht blos von Fahrlässigkeit des Thiereigenthümers und da versteht es sich von selbst und ist auch schon bestehenden Rechtens, daß der Eigenthümer sich nicht durch Preisgeben des Thieres der Ersatzpflicht entschlagen kann. Aber darauf bezieht sich ja gar nicht die von den Motiven berührte

65) Eine ähnliche große Ausdehnung der Haftpflicht scheint der §. 803 festzusetzen, wenn er sagt: „Ebenso haftet derjenige, welcher wissentlich eine solche „gefährliche Person oder wer wissentlich eine untüchtige Person zu einem Ge„schäfte bestellt hat, für den Schaden, welcher dadurch bei Gelegenheit der „Besorgung desselben einem Dritten entstanden ist." Was ist hier unter „einem Dritten" verstanden? Es wird wohl den meisten Lesern gehen, wie mir. Ich bezog beim Lesen des § den Dritten wirklich auf — einen Dritten, also auf einen außerhalb des Geschäfts Stehenden, für den das Geschäft nicht zu besorgen und mit dem es nicht zu schließen ist. Allein durch die Motive bekommt der § einen ganz anderen Sinn. Diese sagen: „In §. 803 war der Fall zu unter„scheiden, wo es die besondere Verbindlichkeit Jemandes ist, ein Werk oder ein „Geschäft zu Stande zu bringen. Der Verpflichtete muß natürlich dafür stehen, „daß das Geschäft von tüchtigen Personen besorgt werde." Hiernach ist unter dem Dritten also Der zu verstehen, den das Geschäft betrifft. Aber auch in diesem Sinne drückt sich doch der § viel zu weit aus, wenn er Den, der die untüchtige Person bestellt, für jeden Schaden verantwortlich macht, welcher „dadurch bei Gelegenheit der Besorgung desselben dem Dritten ent„stand."

noxae datio (ein Ausdruck, durch den sie doch wohl die betreffenden Bestimmungen des Sachsenspiegels bezeichnen wollen, aber freilich in sehr unzutreffender Weise). Die Aufhebung dieser sogenannten noxae datio wird daher durch Das, was die Motive sagen, gar nicht berührt und begründet. Denn diese noxae dat. findet nicht statt, wenn der Eigenthümer des Thieres Fahrlässigkeit beging und dadurch den Schaden verschuldete, sondern nur wenn ohne seine Schuld das Thier contra naturam generis sui Jemanden beschädigte. Soll für diesen Fall die Bestimmung des Sachsenspiegels (II, 40) aufgehoben werden? Und wenn der Entwurf es bejaht, läßt es sich vertheidigen? Die Motive gehen von dem Dilemma aus: entweder ist die Ersatzpflicht einmal begründet, dann muß sie unbedingt eintreten — und dies nimmt der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem Bestehenden bei Fahrlässigkeit an — oder ist sie nicht begründet, dann muß auch die noxae datio wegfallen. Aber es gibt noch ein Drittes; es kann das Gesetz eine bedingte Begründung der Ersatzpflicht aussprechen (dies ist von den Motiven ganz außer Acht gelassen), und dann tritt sie natürlich nur bedingt ein, und dies ist eben der Fall, von dem der Sachsenspiegel spricht, dessen Bestimmung auf guten Gründen beruht. Weil nämlich ein Dritter gegen solche Beschädigungen sich nicht wohl vorsehen kann, sie aber auch von der anderen Seite dem Eigenthümer des Thieres nicht zur Last fallen: so vermittelt dies der Sachsenspiegel (auf eine noch zweckmäßigere Weise das Röm. Recht) dadurch, daß er bestimmt, der Eigenthümer müsse für den Schaden haften, wenn er sich nicht des Thieres (an welches sich dann der Beschädigte halten mag) entledigt. Für einen solchen Fall entsteht nun nach dem Entwurfe eine Lücke. Man kann z. B. dem Eigenthümer eines friedlichen Hundes keinen Vorwurf machen, wenn er mit seinem Hunde, ohne ihn an der Leine zu führen, spazieren geht; fällt es nun aber diesem Hunde außerordentlicher Weise ein, einem Vorübergehenden den Rock zu zerreißen: so muß es der arme Beschädigte nach dem Entwurfe unbedingt hinnehmen und der Hundseigenthümer kann seinen Hund behalten.

Culpa.

Auch bei der für das ganze Forderungenrecht überaus wichtigen Frage, nach welchem Maaßstabe die Fahrlässigkeit zu be-

stimmen und zu beurtheilen sey, und welche Thätigkeit und Unterlassung in den Kreis der zu verantwortenden Fahrlässigkeit falle, weicht der Entwurf von unsrem bestehenden Rechte, wenn ich ihn richtig aufgefaßt habe, wesentlich ab.

Er gibt keinen Begriff der Fahrlässigkeit und beginnt im §. 776 unter der Rubrik „Von der Beschädigung Anderer" mit der Bestimmung: „Wer den Schaden eines Anderen durch wi-„derrechtliches Handeln oder Unterlassen verschuldet hat, ist „dafür verantwortlich." Hierauf geht er sofort auf die Pflicht zur diligentia (zum positiven Thun für Andere) über. Ueber diese Verpflichtung enthält der §. 777 folgende ganz richtige Bestimmung: „Die Verpflichtung, des Anderen Vortheil zu beför-„dern oder wenigstens Schaden von ihm abzuwenden, kann sich „nur auf gesetzliche, richterliche, letztwillige oder vertragsmäßige „Bestimmung gründen," und dann fährt der §. 778 so fort: „Ist dadurch die Sorgfalt nicht näher bestimmt, so kann von dem „Anderen ein solcher Grad des Fleißes und der Aufmerksam-„keit verlangt werden, welcher von Personen gleichen Alters, „gleichen Standes, gleicher Bildung, bei Besorgung eigener „Sachen und Angelegenheiten zu erwarten ist. Hierbei kommen „die gewöhnlichen Fähigkeiten solcher Personen, der größere oder „mindere Werth der Sache, die Wichtigkeit des zu besorgenden „Geschäfts, die für die Mühwaltung gegebene oder versprochene „Leistung in Betrachtung."

Wir erhalten hier eine Bestimmung und einen Maaßstab der Culpa für die Fälle der Verpflichtung zu positivem Thun, also für Das, was man in der neueren Zeit die außeraquilische Culpa zu nennen pflegt. Aber ist wohl dieser Maaßstab dem des bestehenden Rechtes vorzuziehen? Er soll nach den verschiedenartigsten Gradmessern bald steigen bald sinken: nach dem Werthe der Sache, nach der Wichtigkeit des Geschäfts, nach der Art der Gegenleistung, nach dem Alter, nach der Bildung, sogar nach dem Stande der verpflichteten Parthie, ein Maaßstab, der so unsicher ist, daß er den Richter in große Verlegenheit setzen wird. Soll ein Verkäufer, ein Miether, ein Commodatar in der Bewahrung des Vertragsgegenstandes anders haften, wenn er ein alter oder ein junger Mann ist, wenn er ein höherer oder niederer Beamter oder ein gebildeter Kaufmann oder ein ungebildeter Kaufmann oder wenn er ein Bauer ist? Soll nicht vielmehr

Jeder, der sich in ein bestimmtes Geschäft einläßt, verbunden seyn, ohne Rücksicht auf Individualitäten sich zu dem Fleiße zu spannen, welcher überhaupt vernünftigerweise nach der Natur des Geschäftes von einem Contrahenten gefordert werden kann, und wenn er diesen Fleiß nicht anwendet, eben Ersatz zu leisten haben, weil er nicht leistete, wozu er sich anheischig machte? Es bringt uns hier der Entwurf durch seinen incommensurablen Maaßstab auf einen schwankenden Boden. Er setzt seinen Maaßstab in Das, was in eigenen Angelegenheiten zu erwarten ist, und zwar nicht von dem concreten Verpflichteten, von dem Individuum nach seinem gewohnten Verhalten zu erwarten ist, wie es die Römer bei ihrer diligentia in concreto nehmen, sondern so zu sagen von der concreten Gattung zu erwarten ist, zu welcher der Verpflichtete gehört. Nun möchte ich nur z. B. fragen: Was ist von einem vierzigjährigen gebildeten Manne höheren Standes in Besorgung seiner **eigenen** Angelegenheiten zu erwarten bei einem Gegenstande, welcher wenig werth ist? Das wüßte ich wohl zu sagen, was in einem solchen Falle von ihm in Besorgung fremder Angelegenheiten zu erwarten ist; er wird sich in der Regel sagen, daß alles Fremde, das ihm anvertraut wurde oder wobei er sich sonst verpflichtete, mit besonderer Achtsamkeit zu behandeln ist; er wird daher die möglichste Sorgfalt, die man überhaupt vernünftigerweise von Jemanden verlangen kann, anzuwenden suchen. Aber diesen Maaßstab verwirft ja der Entwurf. Der Richter soll den von dem Contrahenten anzuwendenden Grad der Sorgfalt bemessen nach Dem, was von Personen seiner Gattung bei Besorgung eigener Angelegenheiten zu erwarten ist. Bei einem solchen Maaßstabe gestehe ich, auf die vorhin aufgeworfene Frage keine Antwort geben zu können; denn wir werden finden, daß gebildete Männer höheren Standes und selbst von gesetzten Jahren gerade in eigenen Angelegenheiten bei geringeren Dingen oft sehr nachläßig sind, sie gar nicht gehörig in Acht nehmen und sich aus einem kleinen Schaden wenig machen. Wie soll nun in einem solchen Falle der Richter irgend einen sicheren Boden der Beurtheilung finden? Ist hier nicht das bei uns geltende Römische Recht weit einfacher, sicherer, natürlicher? Es geht von dem Grundsatze aus, daß man in rechtlichen Verhältnissen zu Dritten sich in der Regel zusammennehmen und Thun und Lassen nach dem Muster eines sorgsamen, umsichtigen, Alles gehörig

zu Rathe haltenden Hausvaters bestimmen, also einen höheren Fleiß als den eines gewöhnlichen Menschen anwenden, nicht blos grobes Versehen vermeiden solle; über diesen Maaßstab geht es aber nie hinaus; es verlangt nie eine Vorsicht und Sorgfalt, welche größer wäre, als die von einem sorgsamen, umsichtigen Hausvater zu erwartende, weil das Gesetz alle freie Thätigkeit hemmen würde, wenn es die Aengstlichkeit eines Pedanten zur Pflicht machen wollte. Dagegen begnügt es sich in gewissen Rechtsverhältnissen, wenn der Verpflichtete nur die Sorgfalt beobachtete, die **er** (die concrete Person, nicht seine Gattung) in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegte, sollte sie auch eine geringere, als die eines sorgsamen Hausvaters gewesen seyn, eine Ausnahme, die sich für gewisse Verhältnisse, namentlich für solche, in welchen man Eigenes von Fremdem nicht trennen kann, wie bei der Societät, oder in denen sonst eine besondere Rücksicht auf den Verpflichteten begründet ist, wohl rechtfertigt. Man könnte dem Römischen Rechte nur Das entgegenhalten, daß es in manchen Fällen noch weiter geht und sich damit begnügt, wenn der Verpflichtete grobe Nachlässigkeiten vermeidet, wenn er nur die geringere Vorsicht, die selbst der gewöhnliche Mensch nicht zu unterlassen pflegt, beobachtete, und es ließe sich wohl mit Recht fragen, ob nicht der Code civil (vergl. dens. art. 1137, 1880 und 1921) das Richtigere getroffen habe, wenn er nur zwei Maaßstäbe für die zu beobachtende Sorgfalt aufstellt: den des sorgsamen Hausvaters und den des gewohnten Verhaltens des Verpflichteten in eigenen Angelegenheiten und somit blos eine culpa (levis) in abstracto und eine culpa in concreto, aber nicht auch noch eine culpa lata unterscheidet. Wenn aber vom legislativen Standpunkte aus, wie es z. B. Zeiller in seinem Commentar zum Oesterreichischen Gesetzbuche thut, gegen das Römische Recht polemisirt wird, weil es drei Grade der culpa in abstracto, eine lata, levis und levissima unterscheide und dieses weder an sich zu rechtfertigen noch practisch durchzuführen sey: so beruht diese Polemik eben auf einer irrigen Auffassung des Römischen Rechts, zu der allerdings die Form, in der das Römische Recht uns in Justinian's Rechtsbüchern überliefert wurde, Veranlassung geben konnte. Allein man wird diese Ansicht, welche eine solche dreigliedrige culpa im Römischen Rechte finden wollte und die allerdings vor vierzig Jahren noch durchaus die herr-

schende war, in unsrer Zeit einen überwundenen Irrthum nennen können. Daß aber das richtig verstandene Römische Recht zu subtil und unpractisch sey und sich in Spezialitäten verliere, wie die Motive anzunehmen scheinen, dies wird man wohl nach Dem, was die letzten vierzig Jahre über das Römische Recht in dieser Hinsicht festgestellt haben, nicht mit Grund behaupten können; vielmehr möchte gerade die Bestimmung des Entwurfes zu Subtilitäten, zu practischen Undurchführbarkeiten und zu einer die nöthige Sicherheit ausschließenden Rücksichtsnahme auf Individualitäten führen.

Meines Wissens folgt hierin der Entwurf keiner der neueren Gesetzgebungen, auch nicht der Oesterreichischen (vergl. Oesterr. G. B. §. 1297); er scheint sich vielmehr an die Ansicht, welche in früheren Jahrhunderten und bis zu Hasse's Schrift über Culpa die herrschende war, insofern anzuschließen, als er Das, was nach jener Ansicht durch den mittleren Grad einer zu prästirenden Sorgfalt (oder nach dem Gegensatze durch culpa levis) bezeichnet wurde, zum ausschließlichen Maaßstabe erhebt und dabei eine culpa lata und levissima verwirft. So definirt z. B. diesen mittleren Grad Curtius durch die „Aufmerksamkeit, welche nach „der allgemeinen Bildung und Handlungsweise ein jeder Mensch „des Standes, aus welchem der Beklagte ist, auf sein Vermö„gen zu verwenden pflegt," und bemerkt dabei, daß man doch von einem Landmanne bei Abschluß eines juristischen Geschäftes nicht eben die Vorsicht und Klugheit verlangen könne, wie von einem Rechtsgelehrten und von dem letzteren bei einem ökonomischen Geschäfte nicht die Erfahrung des Bauern, und in ähnlicher Weise sagt schon Leyser: ad aestimandum culpae gradum semper conditio personae inspicienda, sic aliquando quod in mercatore levissima foret, in opifice culpa levis, in rustico tantum lata est. Allein dabei wird übersehen, daß wer sich einmal in ein rechtliches Verhältniß einläßt, sich ebendadurch anheischig macht, den Forderungen dieses Verhältnisses zu genügen und über seine Verpflichtung nicht die Befähigung der Gattung von Personen, zu der er gehört, sondern eben die übernommene Verpflichtung entscheidet. Allerdings kommt es bei solchen Verhältnissen auch auf die gegebenen Umstände an; aber es kommt, wenn man nicht die sichere Grundlage und den richtigen Beurtheilungsmaaßstab verlieren will (und abgesehen von den

Fällen, in welchen blos eine diligentia in concreto gefordert wird) nur darauf an, was unter den gegebenen Umständen von einem tüchtigen, mit Umsicht zu Werke gehenden Hausvater zu erwarten seyn würde.[66] Nach diesem Maaßstabe wird sich eine sichere Antwort und bestimmte Entscheidung geben lassen. Sollte sich aber wohl darüber, was unter den gegebenen Umständen ein Mann von den Jahren, in denen der Verpflichtete steht, und von seiner Bildung und von seinem Stande in seinen Angelegenheiten thun würde, eine sichere oder überhaupt eine Antwort geben lassen? ganz abgesehen davon, daß, wenn man einmal einen solchen Maaßstab zum entscheidenden erheben wollte, doch nicht Alter, Stand und Bildung allein entscheiden und z. B. die Berücksichtigung der geistigen Befähigung ausgeschlossen werden sollte.[67]

Außer diesem Grade des bei positivem Thun anzuwendenden Fleißes unterscheidet der §. 779 noch einen „außergewöhnlichen Fleiß," welchen Derjenige anzuwenden habe, der sich zu einem Amte, einer Kunst oder zu einem Gewerbe öffentlich bekennt, oder ohne Noth freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung gewisse Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert.[68] Die älteren Civilisten nahmen allerdings meist

---

66) S. besonders Hasse Die Culpa des Römischen Rechts §. 24 S. 122 f., 135 f.

67) Zwar sagt der §. 778: „Hierbei kommen die gewöhnlichen Fähig„keiten solcher Personen in Betrachtung." Allein dies ist doch nicht eine Berücksichtigung der Fähigkeit der concreten Person und Dessen, was bei gleichen Fähigkeiten von anderen Personen gleichen Alters, Standes und gleicher Bildung zu erwarten ist; und dann möchte man auch fragen, was wohl die „gewöhnlichen" Fähigkeiten von Personen gleichen Alters, Standes und gleicher Bildung sind; sind sie blos zu beziehen auf die lediglich durch das Alter, den Stand und die Bildung bedingte Fähigkeit? Außerdem entsteht auch noch die Frage, welches Moment die „für die Mühwaltung gegebene oder versprochene Leistung" bei dieser Beurtheilung haben kann, da ja der Maaßstab des §. 778 sich nur nach Dem bestimmen soll, was von solchen Personen „bei Besorgung „eigener Angelegenheiten zu erwarten ist", dies aber ein Gesichtspunkt ist, bei welchem die Beziehung einer Gegenleistung gar nicht Platz greifen kann.

68) Der §. 779 sagt nämlich: „Wenn Jemand entweder sich zu einem „Amte, zu einer Kunst, zu einem Handwerke oder zu einem anderen Gewerbe „öffentlich bekennt, oder ohne Noth freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen „Ausführung besondere Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß er„fordert, so gibt er dadurch zu erkennen, daß er sich den außergewöhnlichen

an, daß in einem solchen Falle ein außergewöhnlicher Fleiß, ein Fleiß, der noch über die Sorgfalt eines fleißigen Hausvaters hinausgehe, anzuwenden, eine culpa levissima zu prästiren sey. Allein auch hierüber ist man wohl in unsrer Zeit einverstanden, daß in solchen Fällen die culpa keinen anderen Charakter und keinen anderen Maaßstab annehme, daß, wie Hasse ausführt, „Jeder, der sich in ein Geschäft mit Anderen einläßt, es verstehen „muß, und wenn er sich z. B. mit Ausübung einer Kunst abgibt, „gerade die Geschicklichkeit, gerade die Genauigkeit, welche diese „Kunst erfordert, anzuwenden habe und sie auch wirklich anwenden muß, und daß, wenn er dies thue, er nichts weiter thue als „seine Pflicht, und nicht mehr und nicht minder, als gemeinhin „jeder tüchtige Mann thun würde, indem kein tüchtiger Mensch „im Zustande der Besonnenheit sich mit Dingen abgebe, von denen er einsehen kann, daß er sie nicht verstehe, oder Dinge mit „einem mittelmäßigen Grade von Aufmerksamkeit treibe, die „einen höhern erfordern." Dieser Ansicht scheinen übrigens auch die Motive zu seyn; denn sie nennen die Bestimmung des §. 779 blos „eine scheinbare Ausnahme von der Regel, daß nur ein „gewöhnliches Maaß von Kräften erfordert werden könne," und sie fügen bei, wenn „hier auch von Demjenigen, welchem das „Geschäft obliegt, gleichfalls nur das gewöhnliche Maaß von technischem Geschicke verlangt werden könne, so mache es doch eben „der Begriff des Technischen, welcher etwas nicht allen Menschen, „sondern nur gewissen Personen Eigenes und insofern Besonderes, Außergewöhnliches andeute, räthlich, die hierher gehörigen „Fälle getrennt hervorzuheben." Allein, wenn die Ausnahme blos eine scheinbare ist, warum ist sie im Gesetze so gefaßt, daß sie als eine wirkliche, nicht als eine blos scheinbare erscheint, indem das Gesetz im Gegensatze zum gewöhnlichen Fleiße des §. 778 hier einen außergewöhnlichen Fleiß fordert, statt die Verbindlichkeit auf die außergewöhnlichen Kenntnisse zu beziehen? Der §. 779 ist im Wesentlichen aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche entnommen; allein gerade in dem Punkte, den ich eben

---

„Fleiß und die erforderlichen besondern Kenntnisse zutraue. Er muß daher den „Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft „überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so tritt die Regel in §. 778 ein."

berührte, weicht der Entwurf von seiner Quelle ab, während er auch in ihm bei dieser Quelle hätte bleiben sollen, indem das Oesterreichische Gesetzbuch die Sache ganz richtig ausdrückt.[69]

Die berührten §§ handeln blos von dem bei Verpflichtungen zu positivem Thun zu beobachtenden Fleiße. Der Entwurf geht dann in §. 783 über zum Begriffe der Verschuldung (überhaupt, also auch bei positiven Eingriffen in fremde Rechtssphäre). Allein hier hat er eine Lücke, die ich nicht auszufüllen weiß. Er sagt im §. 783 richtig, daß eine Verschuldung nur Dem beizumessen sey, „welcher in einer solchen Lage war, in „welcher er das Rechtswidrige seiner Handlung oder Unterlassung „und ihre verletzenden Folgen einsah oder wenigstens bei ge„höriger Aufmerksamkeit einsehen konnte, und seine Handlungs„weise hiernach zu bestimmen im Stande war," und dann bestimmt er im §. 784 die auf einem Versehen beruhende Verschuldung dahin, wenn der Schaden „aus schuldbarer Unwissen„heit oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des „gehörigen Fleißes verursacht ist." Hier entsteht aber die Frage, was ist denn die gehörige Aufmerksamkeit und der gehörige Fleiß? nach welchem Maaßstabe soll dies bemessen werden? Für den Fall einer Verpflichtung zu positivem Thun (also für die s. g. culpa in omittendo) bestimmt der §. 778 allerdings diesen Maaßstab.[70] Allein was ist denn der Maaßstab der gehörigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt für die culpa in faciendo, für die Fälle, in welchen man durch eine positive Handlung, abgesehen

---

69) Das Oesterr. G.-B. §. 1299 sagt nämlich von dem im Entwurfe bezeichneten Falle: — — — „gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwen„digen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zu„traue; er muß daher den Mangel derselben vertreten" u. s. w.

70) Aber auch selbst hier fragt es sich, ob er, wenn man auch ganz dem Inhalt des §. 778 beitreten wollte, ihn ausreichend bestimmt. Der §. 778 sagt nämlich, sein Maaßstab solle eintreten, wenn nicht sonst „die Sorgfalt näher „bestimmt" sey (s. oben die ersten Worte des §. 778). Wie ist es aber nun zu halten in einem Falle, wie dem des §. 750, in welcher von dem negotiorum gestor gesagt ist: „Wenn aller Sorgfalt ungeachtet die Sache nachher „ohne Schuld des Besorgers dennoch verloren gegangen oder der Schaden nicht „abgewendet worden ist" u. s. w. Soll dies eine solche besondere Bestimmung seyn? ist unter „aller Sorgfalt" etwas Anderes zu verstehen, als die Sorgfalt des §. 778? und wenn dies der Fall seyn sollte, welcher Maaßstab ist dann hier anzuwenden?

von einem Obligationennexus, Jemanden verletzt? Auf diese Frage finde ich im Entwurfe keine Antwort.

Einfluß des Zufalls bei Obligationen.

Auch bei der wichtigen Frage, wer bei Obligationen die Gefahr zu tragen habe, weicht der Entwurf ganz wesentlich vom bestehenden Rechte ab.

Zunächst begegnen wir einer Beschränkung des Begriffes vom Zufalle, an welcher der Entwurf in späteren §§ selbst nicht festhält, wie sie auch wirklich sich gar nicht rechtfertigen läßt. Unter der Rubrik: „Woraus der Schaden entsteht," sagt nämlich der §. 772: „Der Schaden entsteht aus einem Zufalle oder „einem menschlichen Thun oder Unterlassen, welches wieder ein „willkürliches oder unwillkürliches, ein rechtliches oder wider„rechtliches seyn kann."

Man könnte schon fragen, ob denn ein solcher § in ein Gesetzbuch gehöre, ob nicht solche Fragen der Schule zu überlassen seyen. Statt dessen wäre es gewiß geeigneter gewesen, den Zufall zu definiren, der meines Wissens im Entwurfe nirgends definirt ist. Will man aber einmal auf die möglichen Entstehungsgründe eines Schadens im Gesetzbuche aufmerksam machen, so hätte es doch nicht in einer Weise geschehen sollen, bei welcher der Begriff des Zufalls eine der Natur der Sache widersprechende Beschränkung erhält.[71] Ist denn der Zufall ein Gegensatz zu menschlichem Thun oder Unterlassen, vollends gar zu unwillkürlichem, oder auch nur zu willkürlichem? kann nicht auch ein willkürliches menschliches Thun für die Partheien (und darauf kommt es ja allein an) ein Zufall seyn? Zufall ist ja jedes Ereigniß, welches entweder an sich nicht abwendbar war oder wenigstens Demjenigen, von dessen Verpflichtung die Rede ist, nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, also namentlich mit der ihm obliegenden Sorgfalt nicht verhütet werden konnte. Dies ist der Begriff, wie er wohl jetzt in unsrer Wissenschaft

---

71) Die Quelle dieses § ist theils das Oesterreichische Gesetzbuch §. 1294, theils wohl oder noch mehr Winiwarter Das Oesterr. bürgerl. Recht Bd. IV §. 373.

durchaus anerkannt wird, der allein sich rechtfertigen läßt, und von dem auch der Entwurf gleich im folgenden § ausgeht, wenn er sagt, „den Schaden des blosen Zufalls trägt Derjenige, in „dessen Vermögen oder Person er sich ereignet"; denn offenbar will der Entwurf hier und in anderen §§, in welchen er von Zufall spricht (z. B. §. 552, 1017, 1018), die Fälle nicht vom Zufalle ausschließen, wenn dem Verpflichteten die betreffende Sache unter Umständen, unter welchen ihn gar kein Verschulden trifft, durch einen Räuber, also durch willkürliches menschliches Thun, abgenommen oder durch einen Geisteskranken, also durch unwillkürliches menschliches Thun, zusammengeschlagen wird. Die Motive sagen zu jenem Begriffe: „Bei der aus der „Erfahrung geschöpften Begriffsbestimmung in §. 770 und 771 „[vergl. ob. S. 102 f.] und der Aufzählung der Ursachen einer Be„schädigung in §. 772 hat man die Verhältnisse behufs schärferer „Abgränzung nur in ihrer Reinheit [?] aufgefaßt, ist sich aber „dabei wohl bewußt, daß eine Beschädigung die Wirkungen in „§. 770 und 771 zugleich haben [kann?], dem Zufalle auch oft das „unwillkürliche Thun oder Unterlassen eines Menschen gleich stehe." Hier möchte man nur fragen: wenn das unwillkürliche menschliche Thun dem Zufalle oft „gleichsteht," was soll dann im Gegensatze davon der Zufall seyn? und woraus kann der Leser des Entwurfes finden, in welchen Fällen ein solches Gleichstehen statt finden soll, besonders da ja, wenn man einmal sich des Ausdruckes Gleichstehen bedienen will, auch das willkürliche menschliche Thun oft dem Zufalle gleichsteht, nicht blos in Fällen, wie der angeführte des Räubers, sondern auch in Fällen, in welchen es sich vom willkürlichen Thun der Parthie selbst handelt. Denn es kann Jemand durch eine willkürliche Handlung eine fremde Sache beschädigen und diese Beschädigung, wie Niemand leugnen wird, dennoch ein reiner Zufall für den Handelnden seyn, sobald nämlich der Beschädiger bei seiner Handlung die gehörige Aufmerksamkeit beobachtete und ungeachtet dessen seine Handlung doch die Beschädigung zur Folge hatte. Anders meint es auch der Entwurf nicht und begreift gewiß solche Fälle, wenn er vom Zufalle überhaupt spricht unter dem Zufalle; aber dann mußte der §. 772 ganz anders gefaßt werden.

Bei der Frage über das Tragen der Gefahr bei Obligationen will ich mich, da eine umfassende Beurtheilung der-

selben viel zu weit führen würde[72], auf entgeltliche Veräußerungsverträge, namentlich auf den Kauf beschränken.

Liest man im Entwurfe den allgemeinen Theil des Forderungenrechts: so scheint das Princip für die Entscheidung dieser Frage in §. 1017 und 1018 zu liegen. Diese §§ sagen nämlich in dem Abschnitte von den Aufhebungsarten der Rechte und Verbindlichkeiten Folgendes: §. 1017. „Der zufällige gänzliche Un„tergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst „die, den Werth derselben zu vergüten, auf." §. 1018. „Dieser „Grundsatz gilt auch für die Fälle, in welchen die Erfüllung „einer Verbindlichkeit oder die Zahlung einer Schuld durch einen „anderen Zufall unmöglich wird". Hiernach könnte es scheinen, daß der Entwurf die natürlichen und in der Rechtsconsequenz liegenden Grundsätze, von denen das bestehende Recht ausgeht, anerkenne, daß also der die Leistung unmöglich machende Zufall ein Tilgungsgrund der Verbindlichkeit des Verpflichteten ist, dadurch aber im Uebrigen der Bestand des Rechtsverhältnisses nicht afficirt wird und daher der Verpflichtete, wenn er eine Gegenleistung anzusprechen hat, diese von seinem Gegner, falls nicht auch dieser von einem Zufalle oder sonst befreit wurde, immerhin noch ansprechen kann, daß daher bei dem Kaufvertrage der Verkäufer, wenn er nach Abschluß des Kaufs durch einen Zufall, der die Sache vernichtete, von seiner Verbindlichkeit frei wurde, doch immerhin noch das Kaufgeld bezahlt verlangen kann oder das schon Bezahlte nicht zurückzugeben hat, somit der Käufer vom Abschlusse des Vertrages an die Gefahr der gekauften Sache tragen muß.

Allein gerade aus den §§ über den Kaufvertrag und aus den Motiven zu denselben sieht man, daß bei zweiseitigen Veräußerungsverträgen der Entwurf in dieser Hinsicht von einem ganz anderen Grundsatze ausgeht, von einem Grundsatze, welcher im Abschnitte „von widerrechtlichen Handlungen und von der Verbindlichkeit zum Ersatze" steht. Dort heißt es nämlich im §. 773: „Den Schaden des blosen Zu„falles trägt derjenige, in dessen Vermögen oder Person

72) Im Uebrigen kann theilweise verwiesen werden auf F. C. Th. Herr Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts 2c. Tübingen 1838 S. 198—213, welcher eine ausführliche Kritik der betreffenden §§ des Oesterr. Ges.-Buches gibt, die daher auch auf unsren Entwurf großentheils Anwendung leidet.

„er sich ereignet." In der Verbindung, in welcher dort dieser (wörtlich aus dem Oesterreich. Ges.-B. §. 1311 entnommene) § steht, bezieht er sich blos auf die Ersatzpflicht; er will wohl zunächst den an sich ganz richtigen Grundsatz — freilich in einer Fassung, von welcher Hepp, dem man Umsicht und Scharfsinn nicht absprechen kann, sagt, daß „es eine fehlerhaftere Redaction wohl nicht leicht geben" könne[73] — ausdrücken, daß man für einen Schaden, den man durch Zufall erlitt, von einem Dritten ohne besonderen Verpflichtungsgrund einen Ersatz nicht verlangen könne. Aber der Entwurf (dem Oesterreich. Ges.-B. folgend) wendet diesen Grundsatz auch auf die davon ganz verschiedene Frage über das Tragen der Gefahr bei Obligationen an. Daß jener Grundsatz, dem man gewöhnlich durch casum sentit dominus (freilich etwas zu eng) ausdrückt, ein Entscheidungsprincip für die Frage über das Tragen der Gefahr bei Obligationen nicht bilden könne, glaube ich an einem anderen Orte nachgewiesen zu haben[74], und hierin sind mir wohl die meisten Neueren beigetreten. Freilich scheinen die Motive zu §. 1099 f. davon auszugehen, das Gegentheil verstehe sich ganz von selbst; es verstehe sich von selbst und bedürfe gar keines weiteren Beweises, daß der Grundsatz, „ein „unverschuldeter Schaden treffe Denjenigen, welcher zur Zeit des „Unfalles Eigenthümer war," auch über die vorliegende Frage entscheiden müsse, und sie werfen deßhalb dem Römischen Rechte Inconsequenzen vor, indem es beim Kaufe das Eigenthum erst durch Uebergabe der Sache und Bezahlung des Kaufgeldes oder Crediterheilung wegen desselben übergehen und doch den Käufer vom Abschlusse des Vertrages an die Gefahr der gekauften Sache tragen lasse.

Daß das Römische Recht in Beziehung auf dieses Tragen der Gefahr, namentlich beim Kaufe, ganz principiell und consequent verfährt, wird wohl in unsrer Zeit von den Meisten anerkannt (vergl. v. Vangerow Pandecten III S. 221, 222 und die dort Angeführten). Eine Widerlegung dieser Consequenz geben die Motive nicht, und ebenso glaube ich nicht zu viel zu sagen, wenn ich meine, daß sie triftige Gründe für eine so weit

73) S. die Kritik, welche Hepp a. a. O. S. 189 f. über den angef. §. 1311 des Oesterr. G.-B. gibt und gegen welche im Wesentlichen sich nicht Etwas erinnern lassen wird.

74) Archiv f. civilist. Prax. Bd. XV S. 117 ff.

greifende Aenderung des bei uns bestehenden Rechts, wie die §§. 1099 ff. enthalten, nicht anführen; vielmehr möchte, wie sich ergeben wird, gerade den Bestimmungen des *Entwurfes* der Vorwurf der Inconsequenz nicht mit Unrecht gemacht werden können.

Der Entwurf setzt beim Kaufe (ich will nur die Hauptbestimmungen angeben, denn eine Beurtheilung des Einzelnen würde gar zu weit führen[75] und scheint mir auch überflüssig, wenn das Princip, von welchem der Entwurf ausgeht, sich als unrichtig zeigen sollte) Folgendes fest: Wenn eine Zeit bedungen ist, in welcher die verkaufte Sache *übergeben* werden soll, und sie geht vorher ganz zu Grunde: so soll der Vertrag nichtig seyn; geht sie nur theilweise zu Grunde: so soll der Käufer an den Vertrag nicht gebunden seyn (d. h. von ihm der Vertrag angefochten werden können), wenn die Beschädigung eine solche ist, daß dadurch der ordentliche Gebrauch der Sache verhindert wird. Ist keine Zeit zur *Uebergabe* der Sache bedungen worden: so treten die angeführten Folgen dann ein, wenn vor der *wirklichen Uebergabe* der Zufall sich ereignete, sofern die Partheieen nicht etwas Anderes festsetzten.[76] Zugleich hebt der Entwurf das gemeinrecht-

---

75) Ueberdies möchte es genügen, auf Das zu verweisen, was *Hepp* a. a. O. S. 198—214 im Einzelnen gegen die Bestimmungen des Oesterr. G.-Buches ausführt. Vergl. Note 72.

76) Die betreffenden §§ sagen nämlich: §. 1099. „Ist eine Zeit bedun„gen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit die „verkaufte Sache entweder durch Verbot außer Verkehr gesetzt, oder zufälliger„weise ganz zu Grunde gerichtet, so ist der Kaufvertrag *für nicht geschlossen* „anzusehen.“ §. 1100. „Im Falle einer nur theilweisen Vernichtung ist der „Käufer *an den Vertrag nicht gebunden*, wenn sie eine solche ist, daß da„durch der ordentliche Gebrauch der Sache verhindert wird (§. 656). Andere in „dieser Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache geben „auf Rechnung des Verkäufers. Sind jedoch Sachen in Bausch und Bogen ver„kauft worden, so trägt der Käufer den zufälligen Untergang selbst einzelner „Stücke (§. 1099).“ §. 1101. „Ist die Uebergabe oder Uebernahme des Kauf„stücks zur bedungenen Zeit unterblieben und hierauf die Leistung unmöglich „oder die Sache verschlechtert worden, so treten die Grundsätze über den Verzug „und die daraus entstehende Verantwortlichkeit ein.“ §. 1102. „Dem Ver„käufer gebühren die Nutzungen der verkauften Sache bis zur bedungenen Zeit „der Uebergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie dem Käufer, sollte auch die „Sache noch nicht übergeben worden seyn.“ §. 1103. „Ist keine Zeit der Ueber„gabe der Sache bedungen und fällt keinem Theile ein Verschulden zur Last, so

liche Erforderniß der Erwerbung des Eigenthums in Folge eines Kaufes, die Zahlung des Kaufpreises oder Crediterlangung wegen desselben, auf, so daß der Käufer das Eigenthum der gekauften beweglichen Sache lediglich durch Uebergabe erwirbt.[77]

Der Entwurf hat also, wie die Motive sagen, „sich für die „Regel entschieden, daß nach einem Kaufabschlusse Eigenthum, „Gefahr und Nutzung der Sache erst mit der Uebergabe auf „den Käufer übergehen," daß also eigentlich nicht der Käufer, sondern der Verkäufer die Gefahr trägt, und den Grund dieses Gefahrtragens setzt er eben in das casum sentit dominus; denn die Motive bemerken, daß man von der Rechtsregel ausgehen müsse, daß ein unverschuldeter Schaden Denjenigen treffe, welcher zur Zeit des Unfalles Eigenthümer war. Deshalb lassen sie erst mit der Uebergabe die Gefahr auf den Käufer übergehen, weil er nun erst Eigenthümer der Sache wird.

Es kommt dadurch der Entwurf zu einem Resultate, wie es nach dem Römischen Rechte bei den Innominatcontracten gilt. Aber dieses Resultat war im Römischen Rechte ein ganz con-

---

„sind die obigen Verschriften wegen Gefahr und Nutzungen (§§. 1099, 1100, „1102) auf den Zeitpunkt der Uebergabe selbst anzuwenden, insofern Verkäufer „und Käufer nicht etwas Anderes festgesetzt haben."

77) Dies wird nicht zu mißbilligen seyn; dagegen möchte wohl die Weise, wie der Entwurf die Folgen dieser Bestimmung für den Verkäufer zu mildern sucht, sich nicht billigen lassen. Er setzt nämlich in §. 1105 fest: „Hat der Verkäufer in einem Falle, wo ihm das Kaufgeld sofort bei der Uebergabe zu entrichten war, die bewegliche Sache dem Käufer übergeben, ohne von ihm jenes „erhalten zu haben, so kann er sie innerhalb vier Wochen, von der Uebergabe an „gerechnet, von dem Käufer oder von dem, welcher sie vom Käufer unentgeltlich erhalten hat oder unredlich besitzt, zurückfordern." Es ist dies zu wenig und zu viel. Zu wenig — denn warum soll er die auf baar verkaufte Sache, wenn sie nicht baar bezahlt wird, vom Käufer blos innerhalb vier Wochen zurückfordern können? Zuviel aber ist es, wenn ungeachtet dessen, daß nach dem Gesetze das Eigenthum auf den Käufer übergeht, wegen des nichtbezahlten Kaufgeldes ein Rechtsmittel (doch wohl eine persönliche Klage) gegen dritte Erwerber der Sache eingeräumt wird. Und was soll denn hier „unredlich „besitzen" heißen? Ist denn Derjenige ein unredlicher Besitzer, welcher von dem wahren Eigenthümer (hier dem Käufer) das Eigenthum der Sache erworben hat, wenn er dabei weiß, daß der Käufer gewisse persönliche Verbindlichkeiten gegen seinen Vormann, von denen aber der Eigenthumsübergang gar nicht abhängt, noch nicht erfüllt hat? Wir bekommen hier wieder einen ganz neuen Begriff von unredlichem Besitze, und eine Ausdehnung einer obligatio auf Dritte, wie sie sich nicht wohl vertheidigen läßt.

sequentes, beruhte nicht entfernt auf einem casum sentit dominus, sondern stimmte durchaus mit den natürlichen Grundsätzen über Tragen der Gefahr bei Obligationen und mit dem Grundsatze, aus welchem ein **Käufer** schon vom Abschlusse des Vertrages an die Gefahr zu tragen hat, überein, und gestaltete sich nur bei den Innominatcontracten besonders, wegen der ganz eigenthümlichen Natur der Innominatcontracte, weil bei diesen die obligatio civilis erst mit der von der einen Parthie geschehenen Leistung eintrat, vor dieser Leistung gar keine obligatio civilis vorhanden war, also vor ihr der Gläubiger die Gefahr der Obligation nicht tragen konnte.[78] Der Entwurf wendet nun Das, was bei den Römischen Innominatcontracten wegen ihrer eigenthümlichen Natur galt und was bei uns nicht mehr gilt, weil diese besondere Natur der Innominatcontracte weggefallen ist, auf die entgeltlichen Veräußerungsverträge überhaupt, namentlich auf den Kauf an. Er behandelt diese Verträge und namentlich den Kauf in dieser Beziehung als Verträge, bei welchen die Obligation erst eintritt mit der Leistung des Verkaufsgegenstandes; und zu diesem der Natur der Verhältnisse ganz widersprechenden Resultate läßt er sich verleiten durch den Grundsatz, daß „ein un„verschuldeter Schaden Denjenigen trifft, welcher zur Zeit des „Unfalls Eigenthümer war," ein Grundsatz, der doch für das Tragen der Gefahr bei obligatorischen Verhältnissen gar kein Entscheidungsmoment seyn kann und zu dieser Frage in gar keiner Beziehung steht. Aus welchem „höheren Grunde" soll es denn folgen, daß, weil der eine Theil Eigenthümer des Vertragsgegenstandes ist und ein Zufall ihm sein Eigenthum entzog, er nun auch die Gefahr aus der Obligation tragen soll? warum soll der Verkäufer deshalb, weil ihm das untergegangene Object gehörte, auch das Recht auf den Kaufpreis verlieren? Nach der Rechtsconsequenz kann nicht das Eigenthum und der Zeitpunkt seiner Aenderung, sondern kann nur die Obligation und der Zeitpunkt ihres Eintritts über das Tragen der Gefahr entscheiden. Ein Käufer, welcher durch den Abschluß des Kaufvertrags den Kaufpreis schuldig wurde, aber wegen eines Zufalls sein Recht auf den Kaufgegenstand verliert, kann, um seiner Verbindlichkeit sich zu entledigen, sich nicht auf die bei dem Gegner eingetretene

78) S. meine Ausführung im Arch. f. civil. Prax. XV S. 212 f.

Unmöglichkeit der Leistung berufen, eben weil durch diese Unmöglichkeit blos die Schuld des Gegners, nicht aber seine Schuld, die er wohl noch erfüllen kann, getilgt wird. Wohl aber kann der Verkäufer, — und dies ist auch das Moment, wodurch für diesen Grundsatz der Vorwurf der Härte beseitigt wird, — sich darauf berufen, daß er durch den Abschluß des Vertrags gebunden und verpflichtet wurde, die Sache seiner Zeit dem Käufer zu übergeben, diese Verpflichtung ihm eine anderweite Disposition über die Sache unmöglich machte, er also wegen des ihn bindenden Rechtes des Käufers gegen später eintretende Zufälle sich nicht decken konnte, und deshalb solche Zufälle auf Rechnung des Käufers gehen müssen.

Auch möchte man fragen, wie denn die Bestimmungen des Entwurfes sich vereinigen lassen mit dem Grundsatze, den er in §. 773 aufstellt. Nach diesem soll den Schaden des Zufalls Der tragen, „in dessen Vermögen er sich ereignet." Nun gehört nach geschlossenem Kaufe die Forderung auf Leistung der gekauften Sache unbestreitbar zum Vermögen des Käufers; geht die Sache durch Zufall zu Grunde: so verliert der Käufer nach §. 1017 diese zu seinem Vermögen gehörige Forderung. Also — muß man nach §. 773 sagen — trägt **er** diesen Zufall, da er in seinem Vermögen sich ereignete; er kann sich daher nicht auf diesen Zufall berufen, um sich seiner Verbindlichkeit auf Zahlung des Preises zu entledigen. Aber freilich könnte man einwenden, die untergegangene Sache gehörte ja vor der Uebergabe auch noch zum Vermögen des Verkäufers. Also trägt auch Dieser die Gefahr? also tragen beide Partheien die Gefahr? Dieses consequente, aber unauflösliche Resultat der Anwendung des Grundsatzes des §. 773 auf Periculum bei Obligationen zeigt eben, daß es völlig fehlgegriffen ist, einen solchen Grundsatz auf dieses Periculum anzuwenden.

Und wie wendet der Entwurf in anderen Fällen dieses casum sentit dominus auf die Gefahr bei Obligationen an? Es wird an einem Beispiele genügen. Der Vermächtnißnehmer erwirbt das Eigenthum der vermachten Sache erst durch Uebergabe, beziehungsweise Eintragung in das Grundbuch (§. 2041); aber nach §. 2044 trägt er die Zufälle, die sich an der vermachten Sache ereignen, wenn er auch noch nicht ihr Eigenthümer ist. Wie steht es hier mit dem casum sentit dominus? Bei den Grundsätzen des Entwurfes sind wir in Gefahr, die Basis einer

consequenten Entwickelung des Obligationenrechts in einer höchst wichtigen Beziehung ganz zu verlieren, und es wird nicht nöthig seyn, weiter darauf aufmerksam zu machen, wie weit es greifen würde, wenn man den Satz casum sentit dominus als Princip für das Periculum bei Obligationen überall durchführen wollte.

Ueberdies müssen bei der Weise, wie der Entwurf seine Sätze faßte, noch manche Zweifel in der Anwendung entstehen. Der Entwurf in Verbindung mit den Motiven machen das Tragen der Gefahr in der Regel abhängig von der Uebergabe der Sache und dem Uebergange des Eigenthums. Nun gibt es aber, abgesehen davon, daß auch über fremde Sachen Kaufverträge abgeschlossen werden können, manche Rechte, welche zwar Kaufgegenstände sind, bei denen aber die Erwerbung des Rechts gar nicht von der Uebergabe abhängt, wie dies nach dem Entwurfe vielfach bei Servituten der Fall ist. Soll hier die Uebergabe oder soll die Erwerbung des Rechts entscheiden? Ferner, wie ist es denn, wenn ein Grundstück Gegenstand des Vertrags ist? Hier ist nach §. 345 die Uebergabe der Sache für den Erwerb des Eigenthums völlig indifferent, und doch machen die §§. 1099 f. das Tragen der Gefahr von der Uebergabe abhängig. Soll daher, wenn z. B. das verkaufte Grundstück, was nicht selten vorkommen wird, einige Zeit vor der Umschreibung im Grundbuche übergeben wird, nun der Käufer vom Augenblicke der Uebergabe an die Gefahr tragen? Nach den Worten des Entwurfes müßte man es bejahen; aber wie steht es dann mit seinem Entscheidungsprincip, daß der Eigenthümer die Gefahr zu tragen habe, da ja in einem solchen Falle der Käufer noch gar nicht Eigenthümer geworden ist? Die Motive (Seite 684 der ständischen Ausgabe) antworten hierauf, aber auf eine Weise, die ich nicht begreife. Sie sagen: „Da es sich hier nur um die Rechte der Contrahenten, „nicht aber um ihr Verhältniß zu Dritten handelt, auf welches „der Zweck der Eintragung hauptsächlich zu beziehen ist, so kommt „bei Immobilien nur die wirkliche [79] Uebergabe in Betracht,

79) Die „wirkliche“ oder, wie in der folgenden Stelle gesagt ist, „körperliche“ Uebergabe bezieht sich wohl auf den Schlußsatz des §. 345, der eine Besitzerwerbung durch die Eintragung im Grundbuche, also durch nicht wirkliche Uebergabe, annimmt. Denn einen Gegensatz zur symbolischen und fingirten Uebergabe des §. 342 kann es unmöglich bezeichnen, da der Entwurf unter der Uebergabe der §§. 1099 f. ohne Zweifel auch die des §. 342 begreift

„weshalb man auch zwischen beweglichen und unbeweg-„lichen Sachen keine Unterscheidung eintreten zu lassen „nöthig gehabt hat." — Hiernach würde der Käufer im angeführten Falle von der wirklichen Uebergabe an die Gefahr zu tragen haben, obwohl er noch nicht Eigenthümer des Grundstücks ist. Also hängt das Tragen der Gefahr **nicht** vom Eigenthume, sondern von der Uebergabe ab? Allein dadurch kommen die Motive in Conflict mit ihrem eigenen Princip; durch Das aber, was sie weiter sagen, kommen sie in Conflict mit dem Entwurfe. Sie fahren nämlich so fort: „Es ist dies auch ganz der Natur der „Sache gemäß. Denn ist der Käufer **vor** der körperlichen „Uebergabe ins Grund- und Hypothekenbuch eingetragen „worden, so hat er dem Verkäufer offenbar stillschweigend die „Fortsetzung der Benutzung zugestanden, er selbst trägt nun als „Eigenthümer den zufälligen Untergang und die Verschlimme-„rung." Also — muß man nun sagen — hängt das Tragen der Gefahr **nicht** von der wirklichen Uebergabe und **nicht** von dem Genusse, sondern vom Eigenthume, somit von der Eintragung ins Grundbuch ab! Wie ist dies aber zu vereinigen mit der Weise, wie der Entwurf sich ausdrückt, und mit der eigenen Erklärung der Motive, daß „bei Immobilien **nur** die wirkliche Ueber-„gabe in Betracht kommt" und gar mit Dem, was die Motive gleich beifügen, indem sie weiter sagen: „Würde dagegen die „Sache **vor** dem Eintrage übergeben, so kann dies nur zu „dem Ende geschehen seyn, daß der Käufer früher zu dem Ge-„nusse der Sache gelange, und es muß dann ebenfalls die Ge-„fahr mit dem Nutzen als vom Käufer übernommen angesehen „werden." Also soll doch nicht von dem Eigenthume, nicht von der Eintragung, sondern von der Uebergabe und dem Genusse der Sache das Tragen der Gefahr abhängen?

Hiernach lösen also die Motive die Frage, welche Parthie die Gefahr bei verkauften Grundstücken zu tragen habe, eigentlich so: „Es entscheidet nur die wirkliche Uebergabe, nicht das Eigenthum; dies ist auch ganz natürlich; denn es entscheidet nicht die Uebergabe, sondern das Eigenthum, der Eintrag in das Grund-

---

Der Schlußsatz des §. 345 ist aber nach den S. 26 angeführten Berichtigungen zu streichen; es verliert daher nun die „wirkliche" oder „körperliche" Uebergabe der Motive ihren Gegensatz.

buch; wenn aber die Uebergabe vor dem Eintrage erfolgte, dann — entscheidet nicht das Eigenthum, nicht der Eintrag, sondern die Uebergabe, der Genuß." —

Wie sind *solche* Sätze zu vermitteln? Wie ist namentlich der erste und dritte zu vermitteln mit dem Princip, auf das der Entwurf Alles stützt — mit dem casum sentit dominus?[80] Oder soll die Vermittlung in der Fiction einer *Uebernahme* der Gefahr liegen, von der aber der *Entwurf* nichts weiß?

Beim Zufalle ist noch die Frage von Wichtigkeit, wie es bei *alternativen Obligationen* gehe, wenn die eine Leistung durch Zufall unmöglich wird. Auch hier weicht der Entwurf vom bestehenden Rechte ganz wesentlich ab, und zwar auf eine Weise,

---

80) Vom legislativen Standpunkte aus vertheidigt auch *Treitschke* in d. Zeitschr. für Rechtspfl. u. Verwaltung N. F. I S. 223 f. den Satz, daß der *Verkäufer* bis zur Uebergabe die Gefahr zu tragen habe. Aber *Treitschke* ist weit entfernt, einen solchen Grundsatz auf ein casum sentit dominus stützen zu wollen. Er gründet ihn auf eine conditio tacita, auf eine stillschweigende Voraussetzung der Parthieen, daß die Vollziehung des Vertrags in der verabredeten Weise möglich sey. Auf den ersten Anblick hat dieser Gedanke viel Plausibles. Aber bei genauerer Erwägung wird man ihm doch nicht beitreten können. Daraus, daß die Parthieen bei dem Abschlusse des Vertrags voraussetzen und mit allem Rechte voraussetzen, daß zu *dieser Zeit* der Gegenstand des Vertrags existire, kann man keine Folge ziehen für die völlig andere Frage, was sie in Betreff der Schicksale des Gegenstandes *nach* Abschluß des Vertrags rechtlich voraussetzen. Auch trägt doch wohl Treitschke in den Sinn der Parthieen eine Voraussetzung hinein, die nicht in ihm liegt. Wie faßt wohl der Laye bei *Veräußerungsverträgen* (man darf nur nicht das völlig verschiedene Verhältniß der Verträge auf *Gebrauchsverstattung* hereinziehen) das Verhältniß auf? Wenn z. B. ein Bauer ein am dritten Orte stehendes ihm wohlbekanntes Pferd vom durchreisenden Eigenthümer kauft, und verabredet, daß er in drei Tagen das Pferd abholen werde, oder wenn ein Kaufmann ein in einem besonderen Raume lagerndes, also speziell bestimmtes Quantum Waaren in Bausch und Bogen durch Correspondenz kauft und dem Verkäufer schreibt, er werde in 8 Tagen es abholen lassen oder sonst darüber disponiren, wie wird hier Bauer und Kaufmann sein Verhältniß zur *gekauften* Sache auffassen? Er wird sie, wenn er auch weiß, daß er ihr Eigenthümer eigentlich noch nicht ist, doch zu *seinem Vermögen* rechnen, zu Dem ihm Gehörigen, worüber dem Verkäufer nun keine Befugniß mehr zustehe; steigt am anderen Tage die Sache sehr im Preise: so rechnet er Dieses zu *seinem* Vortheile, weil die Sache nun blos *ihn* angehe, nicht mehr den Verkäufer; aber er wird sich auch sagen, daß es doch fatal seyn würde, wenn nun in diesen Tagen die Sache Schaden leiden würde, weil — dies auch blos ihn angehe.

daß man dabei, wenn ich so sagen kann, den principiellen Boden ganz verliert.

Er sagt nämlich im §. 1020, nachdem er den richtigen Satz voranschickt, daß der zufällige Untergang der schuldigen Sache die Verbindlichkeit zu ihrer Leistung tilge, Folgendes: „Ist ein Ver„trag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen und wird „dieser dadurch, daß eine oder mehrere Erfüllungsarten durch „Zufall unmöglich werden, vereitelt; so ist der Theil, welchem „die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht gebunden. Dasselbe „gilt, wenn dem Schuldner durch die Schuld des Gläubigers die „Wahl vereitelt wird." Die Motive führen für die Entscheidung im ersten Satze an: sie habe „ihren Grund darin, daß der Ge„genstand des Vertrags in seiner Totalität für den zur Wahl „Berechtigten nicht mehr besteht."

Letzteres ist freilich factisch richtig; allein es ist kein entscheidendes Moment. Wenn Jemand alternativ zwei Sachen schuldig ist und ihm kommt das Wahlrecht zu, ehe er es aber ausübt, geht die eine Sache durch Zufall zu Grunde — wie soll es sich rechtfertigen, daß er nun von seiner ganzen Verbindlichkeit frei wird? soll er deßhalb davon frei werden, weil der Vertragsgegenstand in seiner Totalität nicht mehr besteht? Es kann doch der Umstand allein, daß ein Zufall, der ihn traf, ihm die Ausübung des Wahlrechts unmöglich macht, ihn nicht von seiner ganzen Schuld befreien, nicht die Wirkung haben, daß er nun so zu behandeln ist, als ob er gezahlt hätte. Vielmehr führen hier Natur der Sache und Rechtsconsequenz auf die Entscheidung, wie sie unser bestehendes Recht gibt, nämlich dahin, daß in einem solchen Falle die alternative Obligation sich in eine einfache verwandelt, also eben die unmöglich gewordene Leistung als Gegenstand der Wahl und als alternativer Gegenstand der Obligation wegfällt, das Wahlrecht daher untergeht und der wahlberechtigte Schuldner diesen Zufall zu tragen und nun eben die noch übrige mögliche Leistung zu erfüllen hat. Aber selbst, wenn wir die aufgeworfenen Fragen lediglich nach den Principien des Entwurfes beantworten, muß die Antwort eine andere werden, als der Entwurf sie gibt. Ein Zufall, der dem Schuldner die Ausübung des Wahlrechts zwischen mehreren Leistungen unmöglich macht, ist doch gewiß ein Zufall, „welcher in dessen Vermögen oder Person sich „ereignet"; einen solchen Zufall aber hat ja nach §. 773 der

Schuldner zu tragen; er verliert also sein Wahlrecht; aber von seiner Schuld wird er nicht frei; denn der Zufall, der ihm blos sein Wahlrecht entzog, versetzte ihn ja nicht in eine Unmöglichkeit der Leistung (§. 1017); er muß sonach Das, was ihm noch zu leisten möglich ist, leisten. — Auch möchte man fragen, ob, wenn dem Schuldner durch die Schuld des Gläubigers die Wahl vereitelt wird, es genügt, zu bestimmen, daß nun der Schuldner an den Vertrag nicht mehr gebunden sey.

Irrthum und Betrug bei Verträgen.

Ein besonderer Abschnitt über Betrug bei Verträgen findet sich, wenn ich recht gesehen habe, im Entwurfe nicht. Er behandelt unter der Rubrik Irrthum auch den Betrug und combinirt hier Irrthum und Betrug, dem Oesterreichischen Gesetzbuche §. 871—877, und zwar größtentheils wörtlich, folgend, in einer Weise, bei welcher er vom bestehenden Rechte ganz wesentlich abweicht. Allerdings wird durch die Neuerungen, die hier der Entwurf enthält, das bestehende Recht vereinfacht; aber die Vereinfachung scheint auch hier wieder nur auf Kosten des wahren Rechts, der Consequenz und dadurch erreicht worden zu seyn, daß Verhältnisse, welche ihrer ganzen juristischen Natur nach wesentlich verschieden und deßhalb auch verschieden zu behandeln sind, völlig gleich behandelt werden. Ueberdies sind die betreffenden §§ des Entwurfs in einer Weise gefaßt, daß sie dabei Zweifel auf Zweifel häufen und an die Stelle wegfallender Controversen weit mehr neue setzen werden.

Es scheint mir zu genügen, eine genaue Analyse dieser §§ zu versuchen und mich, was die Beurtheilung betrifft, im Wesentlichen darauf zu beschränken, den Maaßstab des (allerdings in einzelnen Punkten nicht unbestrittenen) bestehenden Rechts in seiner Folgerichtigkeit und treffenden Scheidung des principiell Verschiedenen an die Bestimmungen des Entwurfes zu legen.

Das bestehende Recht setzt über Irrthum und Betrug bei Verträgen im Wesentlichen Folgendes fest: Wenn ein Irrthum, welcher Veranlassung zur Willenserklärung einer Parthie war, der Art ist, daß er in wesentlichen Momenten des Rechtsgeschäfts den Willen der Parthie oder die Vereinigung der Parthieen ausschließt (wesentlicher Irrthum): so ist das Geschäft nichtig, weil es nicht ein gewolltes ist. Auf diese Nichtigkeit kann daher jede

Parthie sich berufen, eben weil gar kein Geschäft existirt; auch kommt es hier auf die Entschuldbarkeit des Irrthums nicht an, weil im Falle des wesentlichen Irrthums, sollte er auch vermeidbar gewesen seyn, es an einer Voraussetzung der Gültigkeit des Geschäfts überhaupt, an der Zustimmung oder Vereinbarung fehlt und man bei einem Geschäfte, das gar nicht besteht, auch nicht zur Aufmerksamkeit verpflichtet werden kann.[81] Wird aber eine Parthie durch Betrug zu einem Vertrage bestimmt: so ist der Vertrag an sich ganz gültig, wenn nicht durch den Betrug ein wesentlicher Irrthum erzeugt wurde (denn dann ist das Geschäft nichtig, nicht des Betruges, sondern des wesentlichen Irrthums wegen). Aber der Betrug erzeugt in dem Betrogenen einen Irrthum in den Motiven, welchen hier zu beachten die Gerechtigkeit und die Sicherheit des Verkehrs fordert; der juristische Grund seiner Beachtung ist aber blos die subjective Unrechtlichkeit des Betrügers, und deßhalb kann er blos gegenüber vom Betrüger beachtet werden. Dabei kommt es aber auf die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit der Täuschung beim Betrogenen nicht an; denn sollte dieser auch durch Unachtsamkeit es dem Betrüger leicht gemacht haben, ihn zu betrügen: so wird dadurch die Unrechtlichkeit des Betrügers weder gehoben noch gemindert, daher das betreffende Rechtsmittel nicht ausgeschlossen. Das Rechtsmittel aus dem Betruge besteht darin, daß der Betrogene Aufhebung des Vertrags verlangen (also den Vertrag anfechten) und auf Schadensersatz gegen den Betrüger und dessen Schuldnachfolger klagen kann (vorausgesetzt, daß der Betrug wirklich in dem Betrogenen das Motiv zur Eingehung des Geschäftes erzeugte, dolus causam dans). Da aber das Rechtsmittel wegen des Grundes, auf dem es beruht, blos gegen den Betrüger und dessen Schuldnachfolger geht: so kann ein Betrogener gegen seinen Contrahenten nur dann auf erlittenen Betrug sich berufen und von den Rechtsmitteln aus dem Betruge Gebrauch machen, wenn der Contrahent den Betrug verübte oder wenig-

81) Ueber die nähere Bestimmung der Frage, welcher Irrthum ein wesentlicher sey, besteht allerdings auf dem Boden des gemeinen Rechts viel Streit, und Justinian's Rechtsbücher bieten hier nach der Art, wie sie verfaßt sind, manchem Zweifel Raum; aber der §. 688 und 690 des Entwurfes (s. die folg. Note) möchten wohl ähnliche Zweifel an ihre Stelle setzen. Indessen will ich auf diesen Punkt, da es zu weit führen würde, hier nicht näher eingehen.

stens Mitwisser bei dem Betruge war, nicht aber, wenn der Betrug von einem Dritten herrührte und der Contrahent nichts davon wußte; hatte dagegen der von einem Dritten verübte Betrug im Betrogenen einen *wesentlichen* Irrthum erzeugt: so ist der Vertrag nichtig, sollte auch der Contrahent beim Betruge nicht betheiligt gewesen seyn, eben weil hier das Moment des wesentlichen Irrthums, nicht das Betrugsmoment entscheidet, und bei jenem Momente es nur auf sein *Daseyn*, nicht aber darauf ankommt, durch *wen* oder durch wessen Schuld es da ist.

Nun vergleiche man mit diesem Inhalte des bestehenden Rechts den Inhalt des Entwurfes.

Der Entwurf behandelt den *wesentlichen Irrthum* und den *Betrug* (oder die List, wie er, von dem bisherigen Sprachgebrauche abweichend, aber ihn nicht wahrhaft verbessernd, den Betrug stets bezeichnet) in den *rechtlichen Wirkungen* völlig *gleich*, nur daß beim Betruge noch die Verbindlichkeit zum Ersatze hinzukommt.

Es bestimmt nämlich der §. 687 Folgendes: „Wenn ein „Theil von dem anderen Theile durch falsche Angaben irre ge„führt worden ist, und der Irrthum die Hauptsache selbst oder „eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, so entsteht für „den Irregeführten keine Verbindlichkeit". [82]

Nach §. 690 sind eben diese Grundsätze auch auf den Irrthum in der Person oder über die Eigenschaften Desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden, insofern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht oder doch nicht in der geschehenen Maaße errichtet worden wäre.

Analysirt man diese Bestimmungen, so ergibt sich Folgendes:

1. Ein *wesentlicher Irrthum hat an und für sich gar keine rechtliche Bedeutung*; er hat nur Bedeutung, „wenn

---

82) Die §§. 688 und 689 fügen Folgendes bei: „Als wesentliche Eigen„schaften werden alle die angesehen, worauf die Absicht nach der Natur der „Sache *oder* nach der Erklärung des Irregeführten dergestalt gerichtet war, „daß er, wenn er deren Nichtvorhandenseyn gekannt hätte, nicht eingewilligt „haben würde." §. 689: „Betrifft der Irrthum nur Nebenumstände, so bleibt „der Vertrag, insofern beide Theile über den Hauptgegenstand einig sind und „den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, zwar gültig; „allein dem Irregeführten ist von dem Urheber des Irrthums angemessene Ver„gütung zu leisten."

„ein Theil von dem anderen Theile durch falsche Angaben „irre geführt worden ist," und dann hat er die Wirkung, daß „für den Irregeführten keine Verbindlichkeit entsteht."

Bleiben wir zunächst bei dem Letzteren, bei der Wirkung stehen: so entsteht die Frage: soll nach dem Entwurfe der Vertrag wegen eines wesentlichen Irrthums nichtig oder soll er blos anfechtbar seyn? Es möchte mehr als schwierig seyn, hierauf eine befriedigende Antwort zu geben. Nach den Worten des §. 687 müßte man, wenn man sie genau nimmt, wie man doch muß, so schließen: das Gesetz sagt: für den Irregeführten entstehe keine Verbindlichkeit; hieraus folgt, daß für den Irreführenden[83] allerdings eine Verbindlichkeit durch den Vertrag entsteht. Eine absolute Nichtigkeit des Vertrags kann also der § nicht festsetzen wollen, obwohl die Motive, freilich an einem ganz anderen Orte, nämlich zu §. 1029, von „Vorschriften über die „Nullität der Verträge wegen Irrthums" sprechen. Zunächst sollte man also, namentlich da die angeführten Motive von „Nullität" sprechen, wenigstens an eine s. g. respective Nullität, an ein s. g. negotium claudicans denken, also an ein Geschäft, das zwar an sich nichtig, dessen Nichtigkeit aber heilbar ist, so daß die betreffende Parthie, also hier der Irregeführte, durch Genehmigung das Geschäft gültig machen kann. Für diese Auslegung spricht auch ein Argument aus §. 694. Dieser enthält den Gegensatz zu §. 687; er spricht von dem Falle, wenn der Irrende nicht durch den anderen Theil irre geführt, sondern selbst und zwar „allein an seinem Irrthum schuld ist" und für diesen Fall sagt der §. 694 es „besteht der Vertrag." Also sollte man meinen, im entgegengesetzten Falle, im Falle des §. 687 besteht der Vertrag nicht, ist also der Vertrag nichtig. Allein dieses Resultat ist nicht zu vereinigen mit anderen Stellen sowohl des Entwurfes als der Motive. Die Motive zu §. 687 sagen, der andere Theil, welcher den Irrthum veranlaßt habe, müsse „sich das „Zurückgehen des Irrenden, wenn der Irrthum einen wesentlichen Umstand umfaßt, gefallen lassen." Hiernach wäre also der Vertrag nicht nichtig, sondern blos aufhebbar oder anfechtbar,

---

83) Es ist stets im Auge zu behalten, daß der Entwurf den wesentlichen Irrthum nur beachtet, wenn der Irrende von dem anderen Theile irre geführt wurde. Davon unten.

und dafür spricht auch der §. 695, welcher am Schlusse des Abschnittes vom „Irrthum" unter der Rubrik: „Allgemeine Be„stimmungen zu §. 685 fg." (also auch zu §. 687) Folgendes sagt: „Wer die **Aufhebung** eines Vertrags aus Mangel „der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch Alles zu„rückstellen oder vergüten, was er aus demselben zu seinem Vor„theile erhalten hat." Dieser § geht also davon aus, daß in den Fällen des §. 687 eine Aufhebung des Vertrags nöthig sey. Dadurch würde man also nicht auf Nichtigkeit, sondern auf blose Anfechtbarkeit des Vertrages kommen.

Was der Entwurf meint, ist mit Sicherheit nicht zu ermitteln, da man sich hier auf Schärfe in den Begriffen nicht bei ihm verlassen zu können scheint.[84] Aber jedenfalls möchte man bei Dem, was der Entwurf ausdrücklich im §. 695 sagt, fragen, wie es sich rechtfertigen soll, daß ein Vertrag aus „Mangel der „Einwilligung" erst noch aufgehoben werden soll? daß also ein Vertrag existent und an sich gültig seyn kann, wenn bei ihm die nöthige Einwilligung fehlt? Ferner könnte man fragen, ob der Grundsatz des Entwurfes, daß ein wesentlicher Irrthum für sich gar keine Wirkung hat, sondern nur wirkt, wenn der Irrende von dem anderen Theile durch falsche Angaben irre ge-

84) Ein Beispiel gibt auch Das, was Entwurf und Motive über Irrthum bei einem Vergleiche sagen. Der §. 933 sagt: „Ein Irrthum kann den Vergleich „ungültig machen, wenn er wesentliche Voraussetzungen in der Person oder „dem Gegenstande betrifft." Ist damit Nichtigkeit gemeint? Dem Wortsinne nach sollte man es meinen. Aber man vergleiche damit die Motive, welche Anfechtbarkeit und Ungültigkeit ganz als gleichbedeutend zu behandeln scheinen. Sie sagen: „Obgleich der Vergleich wie jeder Vertrag wegen „allgemeiner, die Willensübereinstimmung ausschließender Hin„dernisse der Anfechtung unterliegt, so ist doch wegen der Eigenthüm„lichkeit seines Gegenstandes viel darüber gezweifelt worden, ob er eines Irr„thums halber ungültig sey. . . . . . Hinsichtlich derjenigen Punkte, welche „gerade wegen ihrer zweifelhaften Natur Veranlassung zu seinem Abschlusse „geben, konnte man keine Anfechtung gestatten, wohl aber wegen der übri„gen von den Parteien für gewiß betrachteten Voraussetzungen; bei letzteren „natürlich nur mit Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze über Irrthum, „also mit Unterscheidung zwischen wesentlichen und außerwesentlichen Punk„ten." — Hiernach soll also ein Vergleich nicht nichtig, sondern blos anfechtbar seyn wegen eines die Willensübereinstimmung ausschließenden Hindernisses und diese Anfechtbarkeit wird bezeichnet durch ungültig seyn! — Hier möchte weder Form noch Inhalt sich irgend rechtfertigen lassen.

führt wurde, ob dieser Grundsatz sich wohl vereinigen lasse mit der Natur des wesentlichen Irrthums, zumal wenn er auch auf wesentliche Mißverständnisse der Parthieen erstreckt werden soll, wie dies nach dem Entwurfe scheint und auch der Mitverfasser und Commentator des Oesterreichischen Gesetzbuches v. Zeiller die betreffende Bestimmung dieses Gesetzbuches, aus welchem unser § genommen ist, auslegt. Endlich möchte man fragen, wie Jenes mit den Motiven zu vereinigen ist, wenn diese zu §. 687 sagen: „Wer bei einem Vertrage sich im Irrthume befindet, hat „etwas Anderes im Sinne, wie sein Mitcontrahent. Insofern „ist die Grundbedingung eines Vertrages, Willensei„nigung, nicht vorhanden. Es kann jedoch nicht jeder Irr„thum, objectiv aufgefaßt, als ein Mangel der Grundlage des „Vertrags betrachtet und hiernach angenommen werden, daß „ohne denselben der Vertrag gar nicht eingegangen worden wäre; „vielmehr kommt es darauf an, ob der Gegenstand des Irrthums „ein solcher ist, daß man ihn als einflußreich auf die Entschlie„ßung des Irrenden, den Vertrag eingehen zu wollen, und somit „auf die Existenz des Vertrags selbst betrachten kann. Demnach „mußte zwischen wesentlichen und außerwesentlichen Momenten „unterschieden werden." — Diese Motive sollten doch darauf führen, daß lediglich wegen des wesentlichen Irrthums an sich ein Vertrag null und nichtig ist, eben weil bei einem solchen Irrthum „die Grundbedingung des Vertrages, die Willensei„nigung, **nicht** vorhanden ist." Wie soll es sich aber mit der Rechtsconsequenz vereinigen lassen, daß in einem solchen Falle, also bei Mangel der Willenseinigung der Parthieen, der Vertrag nicht nur an sich gültig und blos anfechtbar ist, sondern daß dieser Mangel der Willenseinigung an und für sich gar nichts wirkt und nur dann wirken soll, wenn der Irrthum von dem anderen Theile durch falsche Angaben erzeugt wurde?

In Beziehung auf diesen letzteren Punkt aber entsteht

2. die weitere schwer zu lösende Frage: was versteht der Entwurf unter dem: „Wenn ein Theil von dem anderen „Theile durch falsche Angaben irre geführt worden ist"? Ist „falsche Angaben" im prägnanten Sinne, also im Sinne von wissentlich falschen Angaben zu nehmen? Bezeichnen somit jene Worte einen Dolus des anderen Theiles? Jedenfalls ist, um vorerst dabei stehen zu bleiben

a. der Dolus nicht ausgeschlossen, sondern der Dolus des anderen Theiles auch unter diesen Worten mit begriffen. Dadurch erhalten wir nun für den Betrug (denn ich finde keinen §, der sonst noch von dolus causam dans spricht) folgenden Grundsatz: als dolus causam dans gilt bei Verträgen nur ein solcher Betrug, durch welchen in dem Betrogenen ein wesentlicher Irrthum erzeugt wird. Dies würde aber eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung des dolus causam dans seyn. Nach der Natur der Sache und dem bestehenden Rechte ist der Umfang des dolus causam dans ein viel weiterer; er begreift nicht nur den durch Betrug erzeugten wesentlichen Irrthum, sondern jeden durch Betrug erzeugten oder benützten Irrthum, welcher den Betrogenen zur Eingehung des Vertrags bestimmte. Aber nach dem Entwurfe hat der den Abschluß des Vertrags bestimmende Betrug für sich keinen Einfluß auf den Bestand eines Vertrags, vielmehr wird durch einen solchen Betrug der Bestand eines Vertrags nur dann afficirt, wenn er einen wesentlichen Irrthum erzeugt (und daraus erklärt es sich wohl, daß der Entwurf, abgesehen von der Ersatzfrage, vom Betruge bei Verträgen gar nicht besonders spricht), gerade wie auch der wesentliche Irrthum für sich keinen Einfluß auf diesen Bestand hat, sondern zu ihm noch hinzu kommen muß, daß der Irrende „durch falsche Angaben des anderen Theiles irre geführt" worden ist. Was aber weiter die Bedeutung dieser letzteren Worte betrifft, so sollen sie

b. doch wohl nicht blos Dolus, sondern auch Culpa des anderen Theiles bezeichnen, so daß auch bei culposem Irreführen die Wirkung des §. 687 eintreten soll. Zwar bezieht Savigny (System des heutigen Röm. R. III S. 471) dieses „Irreführen durch falsche Angaben" (d. h. in der wörtlichen Quelle unsres §. 687, im §. 871 des Oesterreichischen G. B.) blos auf Dolus, und allerdings wird wohl Jeder bei jenen Worten zunächst blos an Dolus denken, und jedenfalls möchte es nicht eine geeignete Fassung eines Gesetzes seyn, wenn selbst ein Savigny es in dieser Weise mißverstehen kann. Aber ein Mißverständniß ist es; denn man wird dem „falsche" in der angeführten Stelle nicht den prägnanten Sinn beizulegen, sondern es ganz gleich mit „unrichtig" zu nehmen haben; ein Irreführen durch unrichtige Angaben aber kann auch ein unvorsätzliches seyn, und so legen

auch die Oesterreichischen Commentatoren die Stelle aus[85], und auch die Motive zum Entwurfe legen ihr diesen Sinn bei, indem sie sagen: „Außer dem Gegenstand des Irrthums wird hiernächst „auch in subjectiver Beziehung die Frage über die Verschul- „dung desselben wichtig erscheinen. Hat der Mitcontrahent den „Irrthum veranlaßt, so kann er nicht nur keinen Vortheil aus „dem Vertrage ziehen, sondern er muß sich auch das Zurückgehen „des Irrenden, wenn der Irrthum einen wesentlichen Umstand „umfaßt, gefallen lassen, sowie in jedem Falle für die Folgen sei- „ner widerrechtlichen Handlung einstehen."

Aber auch damit kommt man noch nicht über jeden Zweifel weg. Die Motive sagen: „hat der Mitcontrahent den Irrthum veranlaßt." Dies kann, abgesehen von Dolus, aus Culpa, aber es kann auch ohne alle Culpa geschehen, z. B. bei einer Verwechselung einer Sache mit einer anderen, die eine ganz unverschuldete seyn kann. Ist blos das Erstere, die Culpa gemeint? Man sollte es glauben, da die Motive von „Verschuldung" des anderen Theiles und von seiner „widerrechtlichen Handlung" sprechen. Oder ist der Sinn der: jede unrichtige Angabe des anderen Theiles ist eine Verschuldung desselben, wenn dadurch sein Contrahent irre geführt wird? So wird es bei der absoluten Fassung des §. 687 wohl zu nehmen seyn, wenngleich eine solche Bestimmung legislativ sich schwer rechtfertigen und noch schwerer mit den Principien über „Verschuldung" in Einklang bringen lassen dürfte.

3. Wie ist es, wenn der wesentliche Irrthum seine Ursache im Irrenden selbst hat? Ueber den „in eigener Schuld be- „ruhenden Irrthum" bestimmt der §. 694 Folgendes: „Wenn „der versprechende Theil selbst und allein an seinem Irrthume „schuld ist, so besteht der Vertrag, es wäre denn, daß der „obwaltende Irrthum dem annehmenden Theile offenbar war „und wesentliche Dinge betraf."

Ich will zunächst von der Ausnahme, welche der § macht (es wäre denn u. s. w.), sprechen. Der § handelt seiner Stellung und seinen Worten nach vom wesentlichen und außerwesentlichen Irrthum. Daß bei einem außerwesentlichen Irrthum, welcher in eigener Schuld des Irrenden beruht, der Vertrag besteht, versteht

85) S. z. B. v. Zeiller a. a. O. III S. 33.

sich schon nach §. 689 von selbst, da dies ja auch dann der Fall ist, wenn der außerwesentliche Irrthum von dem anderen Theile veranlaßt wurde. Wie ist es aber bei dem außerwesentlichen Irrthum, wenn „der versprechende Theil selbst und allein an seinem „Irrthum schuld ist," aber „der obwaltende Irrthum dem an„nehmenden Theile offenbar war"? Nach §. 694 hat in einem solchen Falle der Irrende kein Rechtsmittel (denn der § verlangt zu seiner Ausnahme, daß der Irrthum außerdem noch wesentliche Dinge betraf), und auch nach §. 689 hat er kein Rechtsmittel; denn dieser spricht blos von dem Falle, wenn der außerwesentliche Irrthum durch falsche Angaben des anderen Theiles erzeugt wurde. Soll also der außerwesentliche Irrthum, an welchem zwar der irrende Theil selbst schuld ist, den aber der andere Theil kennt und so wissentlich benutzte, gar nicht beachtet werden? oder soll man hierauf den §. 692 beziehen, welcher gegen Denjenigen, der „einen Vertrag durch List bewirkt hat," ein Recht auf volle Genugthuung gibt? — Dies ist aber, wenigstens nach der Weise wie die §§ gestellt und gefaßt sind, nicht wohl möglich.

Was aber die Regel des §. 694 betrifft: so soll nach ihr der Vertrag bestehen, „wenn der versprechende Theil selbst und „allein an seinem Irrthume schuld ist." Es soll also in einem solchen Falle, wie namentlich aus der Ausnahme hervorgeht, der Vertrag sogar dann bestehen, wenn der Irrthum „wesentliche Dinge betrifft" (sobald nur der andere Contrahent ihn nicht kannte). Hier tritt wieder das unter Nr. 1 bemerkte Bedenken ein. Beim wesentlichen Irrthum kommt es in seinen Wirkungen nur auf das Factum seines Bestehens, nicht auf den ihn veranlassenden Grund an; seine Wirkungen können daher nicht ausgeschlossen werden durch den Umstand, daß er nicht durch den anderen Theil veranlaßt wurde. Der Entwurf aber legt ihm, wenn der Grund des Irrthums im Irrenden selbst liegt, gar keine Wirkung bei. Abgesehen von dem principiellen Bedenken, welches hiergegen streitet, so muß dieser Grundsatz — was näher auszuführen nicht nöthig seyn wird — zu ganz auffallenden Consequenzen und zu großen Härten führen, besonders wenn man bedenkt, daß auch die Tradition ein Vertrag ist, und daß auch Verwechselungen und Mißverständnisse zum Irrthum gehören.

Ueberdies gibt der § noch manchem Zweifel über seinen Sinn Raum. Was heißt: „wenn der versprechende Theil an „seinem Irrthume schuld ist.“ Nach den Motiven soll damit bezeichnet seyn eine wirkliche Culpa, eine wahre Fahrlässigkeit; denn sie sagen: „Wenn der Irrthum lediglich in einer vom an„deren Contrahenten wissentlich nicht benutzten Verschuldung „des Irrenden seinen Grund hat, so müssen die Rechtssätze ein„treten: damnum quod quis ex sua culpa sentit, non intelligitur „sentire und jura vigilantibus sunt scripta, wonach Jedermann „die Folgen eigener Nachlässigkeit selbst zu tragen hat.“ In dieser Weise wendeten doch wohl die Römer ihren Satz damnum quod quis sua culpa etc. auf den wesentlichen Irrthum nicht an; sie leiteten nicht daraus her, daß ein Vertrag auch dann gültig sey, wenn es an einer seiner Grundbedingungen, dem Willen oder der Vereinigung der Paciscenten fehle. Ist aber, wie wir es nach diesen Motiven müssen, die Bestimmung des § blos auf Fahrlässigkeit des Irrenden anzuwenden, also blos auf den Fall, wenn der versprechende Theil selbst und zwar allein, wie der § sagt, seinen Irrthum verschuldet hat: so entsteht die Frage, wie soll denn es gehalten werden, wenn er an seinem Irrthum nicht allein schuld ist oder wenn er an seinem Irrthum gar nicht schuld ist, wenn der Irrthum, was ja wohl vorkommen kann, seinen Grund in einem Zufalle hat oder durch falsche Angaben eines Dritten (nicht des anderen Contrahenten) erzeugt wurde?

Von dem letzteren Falle spricht der §. 693 ausdrücklich. Es soll, wenn ein Dritter den Irrthum der einen Parthie durch falsche Angaben veranlaßte, der Vertrag gültig seyn und der Irrende auf den Betrug des Dritten sich nicht gegen seinen unschuldigen Contrahenten berufen können. Dies ist dann ganz richtig und mit dem bestehenden Rechte übereinstimmend, wenn der erzeugte Irrthum ein solcher ist, der an sich als Irrthum keine rechtliche Wirkung auf den Bestand des Vertrags hat, wenn also der Getäuschte sich blos auf das Moment des Betrugs berufen könnte. Daß aber, wenn ein Dritter durch seinen Betrug in dem einen Contrahenten einen wesentlichen Irrthum erzeugte, auch dann der Vertrag nach §. 693 gültig bleiben soll, dies möchte sich schwer rechtfertigen lassen (vgl. auch unten

die nächst folg. Note), hängt aber wieder mit der unter Nr. 1 berührten principiellen Frage zusammen.

Wie es aber gehen soll, wenn der Irrthum seinen Grund lediglich in einem Zufalle hat, davon spricht der Entwurf, soweit nicht der eben berührte Fall hierher gehört, nicht. Denn die §§. 687—692 sprechen blos von dem Falle, wenn der Contrahent durch falsche Angaben den Irrenden irre geführt hatte, der §. 693 von dem Falle, wenn falsche Angaben eines Dritten den Irrthum erzeugten, der §. 694 von dem Falle, wenn der Irrende an seinem Irrthum und zwar allein schuld ist. Was soll nun aber eintreten, wenn keiner dieser Fälle vorliegt, wenn der Irrthum des Irrenden von Niemand, weder vom Irrenden, noch vom anderen Theile, noch von einem Dritten verschuldet ist?

Haben wir das Schweigen des Entwurfes über diesen Fall und das aus §. 693 sich ergebende Argument dahin zu deuten, daß ein solcher Irrthum gar nicht zu beachten sey: so würden wir über Wirkungen des Irrthums bei Verträgen als Resultat folgende Regeln bekommen: Ein Irrthum bei Verträgen, sollte er auch ein wesentlicher seyn, wird nicht beachtet, wenn er a. auf einem Versehen des Irrenden oder b. auf falschen Angaben eines Dritten, sey es mit oder ohne Schuld des Irrenden, oder c. sonst auf einem Zufalle beruht; eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur ein im Falle von a, wenn der Irrthum dem annehmenden Theile offenbar war und wesentliche Dinge betraf, im Falle von b, wenn der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten sich betheiligte oder von ihr Kenntniß hatte. — Wie geht es aber im Falle von c (bei einem Irrthum, der auf einem Zufalle beruht), wenn der Irrthum dem annehmenden Theile offenbar war und wesentliche Dinge betraf? Soll in diesem Falle der Irrthum gar nicht beachtet werden, weil von diesem Falle kein § spricht? oder soll man hier den §. 694 ergänzen und annehmen, er laute wesentlich anders, er wolle eigentlich sagen: wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem Irrthum schuld ist, ferner wenn weder ihm noch dem anderen Theile eine Schuld zur Last fällt, so besteht der Vertrag, es wäre denn, daß der Irrthum dem annehmenden Theile offenbar war und wesentliche Dinge betraf?

Zwang bei Verträgen.

Das bestehende Recht geht von dem Grundsatze aus, daß ein Rechtsgeschäft, zu dessen Eingehen Jemand durch Drohungen bewogen wurde, an und für sich gültig sey, wie beim Betruge, daß aber die Rechtsmittel aus dem Zwange in der Regel noch weiter gehen müssen, als die beim Betruge, weil man gegen Zwang sich in der Regel durch Achtsamkeit nicht schützen kann und er ein Motiv zur Eingehung des Geschäfts mit solcher Uebermacht aufdringen kann, daß der dadurch bestimmte Wille in seinen rechtlichen Folgen auch gegen Dritte muß unwirksam gemacht werden können. Deßhalb finden bei dem Zwange nicht nur dieselben Rechtsmittel statt, wie beim Betruge, sondern auch (abgesehen von der Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche bis auf einen gewissen Grad gegen Dritte wirkt) noch eine besondere Klage, mit welcher der Gezwungene den ihm abgezwungenen Gegenstand auch dem dritten beim Zwange unbetheiligten Besitzer abfordern kann; aus dem gleichen Grunde kann der Gezwungene, wenn der Zwang nicht von seinem Contrahenten, sondern von einem Dritten herrührte, doch das Moment des Zwanges gegen seinen Contrahenten geltend machen, um das geschlossene Geschäft anzufechten.

Auch hier weicht der Entwurf von diesem bestehenden Rechte sehr ab. Gerade die Wirksamkeit, durch welche, wie mir scheint sehr mit Recht, unser bestehendes Recht die Rechtsmittel aus dem Zwange auszeichnet, ihre Wirksamkeit gegen Dritte, wird von dem Entwurfe, wenn ich ihn recht verstanden habe, ganz aufgehoben.

Nach §. 685 ist „der Theil, welcher von dem anderen auf „ungerechte Weise in eine gegründete Furcht versetzt und dadurch „zu einem Versprechen genöthigt worden ist, nicht verbunden, den „Vertrag zu halten." Soll dies — muß man hier wieder fragen — Nichtigkeit oder blos Anfechtbarkeit bedeuten? Anfechtbarkeit müßte man annehmen nach der „allgemeinen Bestimmung zu §. 685 f.", welche der §. 695 über „Aufhebung eines Vertrags „aus Mangel der Einwilligung" gibt, — Nullität dagegen müßte man annehmen nach dem, was die Motive zu §. 1029 a. E. sagen (denn dort sprechen sie von „Vorschriften über die Nullität „der Verträge wegen Zwangs und Irrthums") und nach §. 693, der übrigens auch noch zu anderen Bedenken Veranlassung gibt.

Der §. 693 sagt nämlich: „Wenngleich der versprechende „Theil widerrechtlich von einem Dritten durch Erregung gegrün„deter Furcht oder durch falsche Angaben zu einem Vertrage ver„mocht wurde, so ist derselbe doch gültig, sofern der anneh„mende Theil sich an der widerrechtlichen Handlung des Dritten „nicht betheiligt und auch von ihr keine Kenntniß hatte."

In dieser Bestimmung liegt die zweite Abweichung vom bestehenden Rechte; es soll nach ihr der von einem Dritten gezwungene Theil sich gegen seinen Contrahenten auf erlittenen Zwang nicht berufen können.[86] Wie verhält es sich aber mit der Gültigkeit des Vertrags, wenn die im § angeführte Bedingung (sofern u. s. w.) nicht vorliegt, wenn also der andere Theil von dem Zwange Kenntniß hatte? Nach den Worten der ersten Periode und dem argumentum a contrario müßte man annehmen, daß der Vertrag nun nicht gültig, also nichtig sey; aber freilich sagt die folgende Periode des Paragraphen, daß in einem solchen Falle der andere Theil nach §. 685 zu behandeln sey, und hier

86) Das, was die Motive dafür anführen, dürfte doch wohl nicht genügen, um die Abweichung zu rechtfertigen. Daß „die Auslegung der einschlagenden „Stellen des Römischen Rechts immer streitig geblieben" sey (bei den Wirkungen des von einem Dritten zugefügten Zwanges), dies kann man von unsrer Zeit nicht mehr sagen. Sodann führen die Motive für die Bestimmung des Entwurfes an, „daß der erklärte Wille das einzige Moment sey, an welches der „unschuldige Mitcontrahent sich zu halten brauche, und daß ihm gegenüber im „Falle der Bedrohung auf den Zweck, welchen der Bedrohende insgeheim durch „Abschluß des Vertrags zu erreichen strebt, nichts ankomme." (Allein dadurch wird kein Grund für die Aenderung angeführt, sondern nur mit anderen Worten der Inhalt der Aenderung wiederholt.) „Die Härte, welche etwa darin liegen „könnte, mildert sich dadurch, daß man die concurrirende Arglist des Mitcontra„henten ebenso behandelt hat, als sey der Zwang und Irrthum von ihm ausge„gangen" (dies thut auch das bestehende Recht, und es versteht sich eigentlich von selbst). „Der Gezwungene und Irrende wird sich daher (?) durch eine Mitthei„lung an den Promissar die Anfechtbarkeit des Vertrags in jedem Falle zu „sichern im Stande seyn." Ich gestehe, diese Begründung nicht recht einzusehen. Diese Mittheilung müßte doch vor oder bei Abschluß des Vertrags geschehen, wenn sie von Wirksamkeit seyn soll. Allein wie soll, um den Punkt des Irrthums zu berühren, der Irrende bei Abschluß des Vertrags dem Promissar mittheilen, daß er irre? Es wird ja vorausgesetzt, daß er noch bei Abschluß des Vertrags irre, so daß er also über seinen Irrthum in dieser Zeit (und auf diese kann es allein ankommen) noch nichts mittheilen kann. Und wie soll es beim Zwange gehalten werden, wenn der Zwang der Art ist, daß er eine solche Mittheilung verhindert?

kommt man denn wieder in den Zweifel, was der §. 685 mit den Worten „nicht verbunden, den Vertrag zu halten" bezeichnen will. So möchte weder in Präcision der Fassung noch im Verhältnisse zum bestehenden Rechte zu billigen seyn, was der Entwurf über Zwang bei Verträgen sagt.

Gewährleistung bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen.

Auch über die Gewährleistung bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen enthält der Entwurf bedeutende Abweichungen vom bestehenden Rechte.

Zunächst begegnen wir hier einem auffallenden Begriffe von entgeltlichen Geschäften. In dem Abschnitte „von der Gewähr„leistung aus entgeltlichen Geschäften" beginnt der Entwurf mit einer „Begriffsbestimmung entgeltlicher Geschäfte", indem er unter dieser Rubrik in §. 648 sagt: „Wenn entweder Sachen mit Sachen, „oder Handlungen, wozu auch die Unterlassungen gehören, mit „Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen und Handlungen mit Sachen vergolten werden, so entsteht ein entgeltliches Geschäft."

Ich gestehe, daß mir diese Definition vom entgeltlichen Geschäft in mehr als einer Beziehung sehr auffallend war. Es ist hier ein einfacher Begriff, der Begriff eines entgeltlichen Geschäfts d. h. eines solchen, bei dem man für Das, was man durch das Geschäft bekommt, eine den Ersatz des Empfangenen vertretende Gegenleistung zu machen hat, durch eine blose Exemplification definirt, welche theils unvollständig, theils pleonastisch ist. Wenn man, wie es hier geschieht, statt einer Definition des entgeltlichen Geschäfts die einzelnen Gattungen der Entgeltlichkeitsfälle aufzählen will: so müßte man sie doch, was freilich hier weit führen würde, vollständig geben. Sollen denn die Gattungen, welche in dem § nicht aufgezählt sind, aber unter den Begriff des entgeltlichen Geschäfts in Wahrheit fallen, sollen diese nach dem Entwurfe nicht zu den entgeltlichen Geschäften gehören? Unzweifelhaft aber ist es, daß der Entwurf wirklich solche Gattungen ausläßt, da es entgeltliche Geschäfte gibt, bei welchen nicht blos Sachen mit Sachen oder Handlungen mit Handlungen oder Sachen mit Handlungen vergolten werden. Wie soll es gehalten werden, wenn Jemand Sachen und Handlungen für Handlungen oder Sachen und Handlungen für Sachen verspricht? Und was

soll die dritte Kategorie des § besagen: „Sachen mit Handlungen „und Handlungen mit Sachen vergelten"? Dies ist wohl eine reine Tautologie; denn wenn in einem Vertrage Sachen mit Handlungen vergolten werden, so werden ja auch Handlungen mit Sachen vergolten. Oder schwebte etwa bei der Verfassung des § die l. 5 pr. D. de praescr. verb. act. vor, wo allerdings unterschieden wird ein do, ut facias und ein facio, ut des? Wäre dies der Fall, so würde dabei nicht erwogen worden seyn, daß in der angeführten Stelle der Römische Jurist von einer ganz anderen Frage ausgeht, somit etwas ganz Anderes beantworten will. Bei seiner Frage kam es darauf an, mit welcher Leistung **begonnen** wird und welche Gegenleistung einer solchen gemachten Leistung gegenübersteht, und da mußte er allerdings unterscheiden, ob die vorangegangene Leistung in einem facere oder in einem dare bestand, und welche Art von Gegenleistung, ob ein facere oder ein dare noch aussteht, und für seine Frage waren daher das facio, ut des und das do, ut facias zwei ganz wesentlich verschiedene Fälle. Handelt es sich aber blos von dem Begriffe des entgeltlichen Geschäfts oder von einer unter diesen Begriff gehörigen Gattung von Fällen: so ist es doch in der That ganz dasselbe, ob ich sage: Sachen werden mit Handlungen oder ob ich sage: Handlungen werden mit Sachen vergolten. Der Entwurf will aber wohl mit jenen Worten nicht verschiedene Kategorieen, sondern blos gleichsam die zwei Seiten einer Kategorie ausdrücken, d. h. er will wohl sagen, wenn Sachen mit Handlungen vergolten werden: so werden andererseits (in demselben Falle) Handlungen mit Sachen vergolten. Dies hieße gerade soviel, als wenn man den Dienstmiethvertrag definiren wollte: er sey eine Uebereinkunft vermöge deren ein Lohn gegen Dienste und Dienste gegen einen Lohn geleistet werden sollen.

Außerdem möchte man fragen, wie verhält sich der Begriff des §. 648 zu andern §§ des Entwurfes?

Der §. 62 versteht unter einer Sache jedes mögliche Rechtsobject (s. darüber unten im IV. Abschn.). Wenden wir diesen Begriff von Sache auf §. 648 an, so würde seine Definition besagen: „Wenn mögliche Rechtsobjecte mit möglichen Rechtsob„jecten, oder Handlungen mit möglichen Rechtsobjecten, oder mög„liche Rechtsobjecte mit Handlungen vergolten werden u. s. w.

Hierbei möchte man nur, von Anderem abgesehen, fragen, ob denn die Handlungen nicht auch mögliche Rechtsobjecte sind?

Ferner: wir finden im §. 674 eine Definition des entgeltlichen Vertrags. Ein entgeltlicher Vertrag ist doch nichts Anderes, als eine Art der entgeltlichen Rechtsgeschäfte, unterscheidet sich von ihnen nicht im möglichen Inhalt, sondern nur im Vertragsmomente. Ist daher die Definition des §. 648 eine richtige Definition vom entgeltlichen Geschäfte und ist sie die beste, die der Entwurf zu geben weiß — und dies muß man annehmen, weil er sie sonst nicht gegeben haben würde — so mußte er sie auch auf den entgeltlichen Vertrag anwenden, also sagen: wenn in Folge des Vertrags Sachen mit Sachen oder Handlungen u. s. w. vergolten werden, so entsteht ein entgeltlicher Vertrag. Allein statt dessen sagte er im §. 674: die Verträge „heißen entgeltliche, wenn „beide Theile einander zur Vergeltung Rechte übertragen und „wechselseitig annehmen." Soll damit in Betreff der Entgeltlichkeit etwas Anderes gesagt seyn, als im §. 648? soll beim Vertrage das Moment der Entgeltlichkeit in etwas Anderem bestehen, als beim Rechtsgeschäfte überhaupt? Dies kann doch wohl unmöglich gemeint seyn. Aber freilich, wenn man z. B. den §. 1267 liest: so wird man doch darüber zweifelhaft. Dieser sagt nämlich: „Wenn Jemand sich zur Dienstleistung oder Verfertigung eines „Werkes gegen einen Lohn verpflichtet und ein Anderer das hier„über gemachte Versprechen annimmt, so entsteht ein Lohnvertrag. „Besteht in einem solchen Falle die zugesicherte Vergütung ganz oder „theilweise in anderen Gegenständen, als Geld, so leiden „rücksichtlich derselben zugleich die Bestimmungen über ent„geltliche Geschäfte Anwendung."

Nach diesem § sollte man glauben, daß der Lohnvertrag, welcher doch unzweifelhaft ein entgeltliches Rechtsgeschäft ist und unter der Rubrik „von entgeltlichen Dienstleistungsverträgen" steht, vom Entwurfe dann nicht zu den entgeltlichen Geschäften gezählt werde, wenn der Lohn in Geld besteht. Denn sonst könnte nicht im Gegensatze zum Geldlohnvertrage gesagt seyn, daß, wenn der Lohn in anderen Gegenständen bestehe, „rück„sichtlich derselben zugleich die Bestimmungen über entgeltliche „Geschäfte Anwendung leiden," somit (denn so muß man schließen, wenn überhaupt in dem vom Entwurfe Bestimmten Consequenz seyn soll), wenn der Lohn in Geld besteht, rücksichtlich

dieses Geldes die Grundsätze über entgeltliche Geschäfte nicht Anwendung leiden sollen. — Ohne die Hülfe der Motive wird der Leser die Bedeutung, welche eine solche auffallende Bestimmung haben soll, schwerlich finden können. Aus den Motiven sieht man aber allerdings, was der Entwurf meinte[87]; er dachte blos an die „Gewährleistung", und wollte sagen, daß, wenn der Lohn in anderen Gegenständen, als Geld, bestehe, dann die Grundsätze von der Gewährleistung eintreten. Allein, kann man diesen Gedanken in der Weise ausdrücken, wie es der Entwurf thut? — Und dann möchte man weiter, gerade in Beziehung auf diesen Gedanken, fragen: ist denn die Pflicht zur Gewährleistung die einzige Wirkung der Entgeltlichkeit eines Geschäfts? Ferner: soll denn bei einer Geldschuld die Pflicht zur Gewährleistung ausgeschlossen seyn? Der Entwurf sagt Dieses; denn durch seine Bestimmung, daß wenn der Lohn in anderen Gegenständen besteht, die Vorschriften über Gewährleistung zur Anwendung kommen sollen, wird ausgesprochen, daß diese Vorschriften bei einer Gegenleistung, welche in Geld besteht, nicht zur Anwendung kommen sollen. Nun kann allerdings bei gezahltem Gelde wegen der Bestimmung des §. 274 (oben S. 76) eine Entwährung nicht vorkommen; aber die „Gewährleistung" des Entwurfes (des §. 656) beschränkt sich ja nicht blos auf den Fall der Eviction, sondern bezieht sich auch noch auf andere Fälle, die auch bei Geldzahlungen wohl vorkommen können. Wie soll es also dann in solchen Fällen bei Geld gehalten werden, wenn hier nach §. 1267 die Bestimmungen über entgeltliche Geschäfte ausgeschlossen seyn sollen? —

Die Definition des §. 648, um auf diesen zurückzukommen, ist aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche genommen. Aber auch hier ist dieses Gesetzbuch genauer und vermeidet wenigstens einige Ausstellungen, die gegen den Entwurf gemacht werden mußten. Dasselbe gibt nicht verschiedene Definitionen von entgeltlichen Geschäften und entgeltlichen Verträgen, sondern definirt in §. 864 den entgeltlichen Vertrag (aus diesem ist der §. 674 unsres Entwurfes genommen), und dann gibt es im

87) Die Motive sagen nämlich, daß im letzteren Falle „zugleich die Vorschriften über entgeltliche Verträge (von der Gewährleistung) überhaupt zur „Anwendung gebracht werden müssen."

§. 921 eine nähere, freilich ungeeignete Bestimmung der entgeltlichen Verträge (aus diesem ist der §. 648 unsres Entwurfes genommen, der aber aus dem entgeltlichen Vertrage des Oesterreichischen Gesetzbuches ein entgeltliches Geschäft im Gegensatze zum entgeltlichen Vertrage macht). Endlich fehlt im Oesterreichischen G. B. die zweite Periode unsres §. 1267 sehr mit Recht ganz (die erste Periode unsres §. 1267 ist eine Abschrift des §. 1151 des Oesterr. G. B.). Jedenfalls wäre auch hier wieder zu wünschen gewesen, daß der Entwurf wenigstens bei dieser Quelle genauer geblieben wäre. — Außerdem könnte auch noch die Weise, wie der Entwurf den Begriff des entgeltlichen Vertrags durchführt, manches Bedenken erregen, z. B. wenn er den Bürgschaftsvertrag (§. 860), ferner wenn er den Pfandvertrag (§. 889) unbedingt zu den entgeltlichen Verträgen zählt.

Nach der angeführten „Begriffsbestimmung entgeltlicher Ge„schäfte" geht der Entwurf auf die „Gewährleistung" über. Er weicht hier hauptsächlich darin ganz wesentlich vom bestehenden Rechte ab, daß er die Gewährleistung für Mängel in den Rechtsverhältnissen (z. B. wenn die verkaufte Sache dem Verkäufer nicht gehörte) und die Gewährleistung für physische Mängel des Vertragsgegenstandes völlig gleich behandelt. Was in dieser Hinsicht die Motive über die rationelle Grundlage und historische Entwickelung des Römischen Rechts sagen, dürfte wesentliche Berichtigungen zulassen, und schwerlich werden unsre Civilisten damit einverstanden seyn, wenn sie auch nicht unbedingte Verehrer des Römischen Rechts sind. Es würde aber zu weit führen, hierauf näher einzugehen. Das Römische Recht, wie es sich über die genannten Fragen allmälig gebildet hatte, ruht doch wohl auf einer durchaus rationellen Grundlage, verkennt keineswegs das innere Wesen der betreffenden Rechtsverhältnisse und ist im Ganzen sehr einfach. Allerdings geht es dabei davon aus, daß Verhältnisse von wesentlich verschiedenem Charakter nicht nach gleichem Maaßstabe gemessen werden können; es verwirft daher die „innere Uebereinstimmung," welche nach den Motiven der Entwurf bei jenen Verhältnissen bezweckt, eben weil es eine solche Uebereinstimmung in den Verhältnissen selbst nicht finden konnte. Daß es aber zu seinen Resultaten erst allmählig in einem gemessenen Gange der Entwickelung und an der Hand einer reichen Praxis gelangte, dies wird ihm am Wenigsten zum Vorwurfe ge-

macht werden können. — Ich beschränke mich hier darauf, an die Bestimmungen des Entwurfes einfach den Maaßstab des bei uns bestehenden Römischen Rechts, soweit es sich von leitenden Grundsätzen handelt, zu legen.

Die leitenden Grundsätze des Römischen Rechts über Gewährleistung bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen gehen einfach dahin: 1. Wer einen Gegenstand für eine Gegenleistung an einen Anderen veräußert, übernimmt eben damit die Garantie, daß er das zugesagte Recht auf den Anderen vollständig und ohne Fehler übertrage, daß also nicht ein Dritter, welcher wahrhaft oder besser berechtigt ist, das Uebertragene wegen rechtlicher Mängel dem Erwerber entziehen oder schmälern könne. Genügt er dieser durch die Natur des entgeltlichen Veräußerungsgeschäfts gebotenen Garantie nicht, wird also der Gegenstand dem Erwerber ganz oder theilweise aus Rechtsgründen entwährt (Eviction): so muß der Uebertragende für alle nachtheilige Folgen einstehen, somit seinem Contrahenten das volle Interesse ersetzen. 2. Anders behandelt das Römische Recht den Fall, wenn der Gegenstand verborgene physische Mängel hat, durch welche die zu erwartende Brauchbarkeit des Gegenstandes gemindert wird. Der Veräußerer haftet hier für das volle Interesse nur dann, wenn er sich einen Dolus zu schulden kommen ließ oder wenn er bestimmte Eigenschaften des Gegenstandes ausdrücklich garantirte und diese fehlen. Sonst aber, wenn die Mängel ihm selbst unbekannt waren und er keine ausdrückliche Garantie gab, hält das Römische Recht es für zu weit gegangen, wenn ihm bei solchen verborgenen physischen Mängeln die Verbindlichkeit, für das ganze Interesse einzustehen, auferlegt würde; in einem solchen Falle hat daher der Erwerber blos das Recht, nach seiner Wahl entweder den Vertrag anzufechten, also Aufhebung desselben zu verlangen (mit einer actio redhibitoria), oder bei dem Vertrage zu bleiben, aber verhältnißmäßige Minderung seiner Gegenleistung d. h. um so viel, als der Gegenstand wegen des Fehlers weniger werth ist, (mit einer actio quanto minoris) anzusprechen.

In Dem, was eben von dem Dolus gesagt wurde, bleibt der Entwurf im Ganzen bei dem bestehenden Rechte; im Uebrigen aber weicht er in der Behandlung der unter Nr. 1 und 2 angeführten Verhältnisse ganz wesentlich vom Bestehenden ab. Er bestimmt nämlich im §. 656 unter der Rubrik „Wirkung der Ge-

„währleistung" (im Grundgedanken sich an §. 932 des Oesterreichischen Gesetzbuchs anschließend) Folgendes: „Wird die Sache „durch den Anspruch eines Dritten gänzlich entwährt oder ist sie „mit einem solchen Rechte eines Dritten oder mit einem solchen „Mangel behaftet, daß der Verkürzte den der Natur des Ge„schäfts oder den der getroffenen Verabredung angemessenen Ge„brauch davon nicht machen kann, so kann er gänzliche Aufhebung „des Vertrages; wenn dagegen das Fehlende, z. B. ein Mangel „an Maaß oder Gewicht, sich nachtragen läßt, nur diesen Nach„trag durch Ergänzung oder durch Verminderung des Entgeltes; „stets aber auch den Ersatz des weitern Schadens und, dafern „der andere Theil unredlich gehandelt hat, auch den entgangenen „Gewinn fordern. Die Verminderung des Entgeltes ist nach „dem Verhältnisse seines für das Ganze ausgeworfenen Betrages „zu bewirken."

Der Entwurf behandelt hiernach den Fall der rechtlichen Mängel, also den Fall der Entwährung (Eviction) und den Fall verborgener physischer Mängel, ferner bei diesen den Fall einer ausdrücklich geleisteten Garantie und einer nicht geleisteten völlig gleich; er gibt bei physischen Mängeln, wenn eine Garantie nicht geleistet wurde, mehr als das bestehende Recht, nämlich auch ein Recht auf „Ersatz des weiteren Schadens"; bei Mängeln in den Rechtsverhältnissen aber gibt er weniger, nämlich ein neues Rechtsmittel, ein Recht auf Aufhebung des Vertrags (das hier in vielen Fällen gar nicht paßt) und ein Recht auf Ersatz „des weiteren Schadens," was aber keineswegs voller Ersatz des Schadens ist.

Indessen entstehen hierbei noch manche Zweifel über den Sinn der Bestimmungen des Entwurfes. Zunächst fragt es sich, was ist unter „Ersatz des weiteren Schadens" zu verstehen? Jedenfalls ist darunter der entgangene Gewinn nicht begriffen (oben S. 116), worin schon eine bedeutende Abweichung vom bestehenden Rechte (bei Eviction) liegt. Aber soll auch hier der §. 818 angewendet werden, also der Veräußerer für den mittelbaren Schaden und den s. g. außerordentlichen Werth nur in dem in §. 818 bezeichneten Falle (oben S. 110) zu haften haben? dann würde bei der Entwährung das bestehende Recht noch weit mehr beschränkt. Ferner: wenn wir die Worte des §. 656 genau nehmen: so würden sie auf das Resultat führen, daß bei

der Entwährung der Verletzte blos das Recht haben soll, Aufhebung des Vertrags und Ersatz seines weiteren Schadens zu verlangen, er also nicht den Vertrag gelten lassen und Ersatz seines Schadens wählen kann. Wenn ich daher von Jemandem ein Landgut kaufe, weil es für mich vom größten Interesse ist, es zu erwerben, um es zur Grundlage eines Fideicommisses für meine Familie zu machen, nach geschlossenem Kaufe zeigt es sich aber, daß einem Dritten der Nießbrauch an dem Gute zukommt — was ist hier die rechtliche Folge dieses Mangels in dem Rechtsverhältnisse des übertragenen Gegenstandes nach dem Entwurfe, was nach dem bestehenden Rechte? Nach dem letzteren kann ich vollen Ersatz meines Interesses verlangen; bringt es daher mein Interesse mit sich, den Vertrag selbst gelten zu lassen, wie dies in dem angeführten Beispiele der Fall ist, und nur Ersatz dafür zu verlangen, daß ich während des Lebens des Nießbrauchers den Genuß des Landgutes entbehren muß: so kann ich für diesen entgehenden Genuß vollen Ersatz verlangen, im Uebrigen bleibt der Vertrag bestehen und ich erreiche mit dem Gute meine Zwecke. Nach dem Entwurfe aber habe ich, wenigstens seinen Worten nach, kein anderes Recht, als gänzliche Aufhebung des Vertrags und Ersatz meines weiteren Schadens zu verlangen. Allein mit einer solchen Aufhebung des Vertrags ist mir ja in diesem Falle gar nicht gedient. Läßt sich eine solche Abweichung vom bestehenden Rechte rechtfertigen? Oder wollte der Entwurf etwas Anderes festsetzen, soll etwa auf einen solchen Fall die Bestimmung, welche vom „Nachtragen des Fehlenden" spricht, bezogen werden? Dann wäre die Fassung in mehr als einer Beziehung einer Aenderung bedürftig.[88]

Aehnlich verhält es sich bei verborgenen physischen Mängeln der Sache. Nach den Worten des §. 656 würde hier die actio quanto minoris d. h. das Recht den Vertrag bestehen zu lassen, aber Verringerung der Gegenleistung zu verlangen, mit Aus-

---

88) Nach einer Stelle in den Motiven zu §. 1099—1105 (S. 235 der im Buchhandel befindl. Ausgabe, S. 683 der ständischen Ausg.) scheint allerdings der §. 656 in dem Sinne genommen werden zu sollen, daß die Parthie, welche Aufhebung des Vertrags verlangen kann, ebendeßhalb die Wahl habe, diese Aufhebung zu verlangen oder — den Vertrag gelten zu lassen und Minderung ihrer Gegenleistung anzusprechen. Allein folgt denn ein solches Wählrecht ganz von selbst aus dem Rechte, Aufhebung des Vertrags zu verlangen?

nahme eines Falles ganz wegfallen. Dadurch würde das bestehende Recht zwar verschärft, aber nicht im wahren Interesse des durch den Vertrag Benachtheiligten, da es ihm von dem größten Interesse seyn kann, daß der Vertrag bestehen bleibe und nur seine Gegenleistung verringert werde. Allein der Entwurf gibt seinen Worten nach nur ein Recht auf „gänzliche Aufhebung „des Vertrages" und Ersatz des weiteren Schadens; denn der einzige Fall, in welchem der Entwurf den Vertrag bestehen läßt und ein Recht auf Verringerung der Gegenleistung gibt, ist, „wenn das Fehlende, z. B. ein Mangel an Maaß oder Gewicht, „sich nachtragen läßt"; in diesem Falle soll der Betheiligte „nur „diesen Nachtrag durch Ergänzung oder durch Verminderung des „Entgeltes fordern" können (vgl. die Note 88). Und dabei möchte man noch fragen: Was heißt: „wenn das Fehlende sich nach-„tragen läßt"? Es ist dieser Ausdruck aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche genommen (die Motive sagen, soviel ich finde, nichts darüber). Soll es nun sich auch auf Fälle beziehen, wenn das Fehlende zwar an sich nachtragbar wäre, aber im concreten Falle nicht nachgetragen werden kann, worauf die Oesterreichischen Commentatoren, soviel ich finde, z. B. Winiwarter B. IV S. 103 es auch beziehen? Dann würde eine weitere Beschränkung sowohl des Rechtsmittels aus der Entwährung als des Rechtsmittels wegen physischer Mängel sich ergeben, welche schwerlich zu rechtfertigen seyn dürfte.

Zu rühmen ist, daß der Entwurf ein Rechtsmittel wegen s. g. enormer Verletzung nicht gewährt (s. die Motive am Schlusse des Abschn. von der Gewährleistung S. 589 der ständischen, S. 140 der anderen Ausgabe); allein zu bedauern möchte doch seyn, daß er dem hierin ihn leitenden richtigen Gedanken nicht ganz treu blieb. Denn er führt für einen Fall ein Rechtsmittel wegen enormer Verletzung ein, in welchem das bestehende Recht es nicht kennt, nämlich bei den Conventionalstrafen. Der §. 734 sagt: „Ein verabredeter Vergü-„tungsbetrag kann nur gefordert werden, wenn der Hauptver-„trag selbst zu klagen berechtigt. Bei Darlehnen darf der Betrag, „worauf der Richter wegen verzögerter Zahlung erkennt, die höch-„sten gesetzlich erlaubten Zinsen nicht übersteigen. In anderen „Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er noch nicht bezahlt „ist, und von dem Schuldner als übermäßig erwiesen wird, von

„dem Richter, nach dessen Befinden unter Einverneh-„mung Sachverständiger, zu ermäßigen.“

Verstehe ich diesen § recht, so bestimmt er in seiner letzten Periode, daß, wenn die Conventialstrafe eine übermäßige sey, der Richter sie ermäßigen könne. Hier möchte man doch fragen: hat denn die Erfahrung ein Bedürfniß zu einer solchen Bestimmung herausgestellt, und vollends zu einer Bestimmung, bei welcher dem Richter in keiner Weise das Princip, der Gesichtspunkt, nach welchem er das Uebermaaß zu beurtheilen hat, irgend auch nur angedeutet ist. Allerdings in einem Falle ist es angegeben, bei Darlehen; die Conventionalstrafe soll nicht gemißbraucht werden, um bei Darlehen die Zinsverbote zu umgehen. Dies ist auch schon bestehendes Recht. Allein zunächst möchte man fragen, warum denn die letztere Bestimmung blos bei Darlehen, warum sie nicht wenigstens auch bei anderen Schulden, deren Gegenstand in Geld besteht, gelten soll. Anderntheils gibt dieser Maaßstab dem Richter noch gar keinen Anhaltspunkt für das Maaß, nach welchem er in anderen Fällen die Uebermäßigkeit des Vergütungsbetrags beurtheilen soll. Die Bestimmung ist wieder aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche §. 1336 genommen; allein es ist dabei wohl nicht beachtet worden, daß über die Anwendung des § sich in Oesterreich verschiedene Ansichten geltend gemacht zu haben scheinen (vergl. Winiwarter a. a. O. S. 601).

Zur Vervollständigung der im Vorstehenden ausgeführten Belege für das S. 11 Nr. 2 Gesagte will ich nur aus dem allgemeinen Theile des Forderungenrechts noch einige weitere Aenderungen des bestehenden Rechts kurz berühren und zwar nach der Ordnung des Entwurfes.

Der §. 622 bestimmt über Erfüllung einer Verbindlichkeit: „Will der Schuldner die Erfüllung vor Gericht bewirken, so „kann sich der Gläubiger der Annahme daselbst nicht entbrechen.“

Die Motive bemerken zu diesem §, daß diese Regel „einer besonderen Rechtfertigung nicht bedürfe.“ Ich gestehe, daß eine solche Motivirung einer bedeutenden Abweichung vom Bestehenden und eines Grundsatzes von mehr als zweifelhafter Richtigkeit mir sehr auffiel. Nach dem Entwurfe soll ein Schuldner, der seine Schuld bezahlen will, nach seinem Belieben vom Gläubiger

verlangen können, daß er mit ihm vor Gericht gehe und dort vor Gericht die Zahlung annehme. Unser bestehendes Recht kennt, wenn ich nicht irre, einen solchen Grundsatz nicht. Auch läßt er sich in solcher Allgemeinheit, wie ihn der Entwurf aufstellt, nicht rechtfertigen. Ganz abgesehen davon, daß durch einen solchen Grundsatz die Gläubiger den fatalsten Chikanen von Seiten der Schuldner ausgesetzt würden, ferner abgesehen davon, daß bei vielen Zahlungen schon nach der Natur ihres Gegenstandes von einer Bewirkung derselben vor Gericht nicht die Rede seyn kann: so würde ja ein solcher Grundsatz dem Gläubiger eine Last auferlegen, zu deren Verhängung durchaus nicht ein motivirendes Moment in dem Rechtsverhältnisse eines Gläubigers als Solchen liegt, die sich also aus rechtlichen Gründen nicht rechtfertigen läßt. Will der Schuldner sich den Beweis der Zahlung noch mehr sichern, als es durch eine vom Gläubiger ausgestellte Quittung geschieht: so mag er mit Zeugen zu ihm kommen und in deren Gegenwart zahlen. Aber den Gläubiger zu nöthigen, zum Zwecke der Annahme jeder Zahlung (sogar ohne alle Grenze und Beschränkung) vor Gericht zu erscheinen, sobald dem Schuldner gefällig ist, es zu verlangen, dies würde ihm eine unerträgliche, auch den Verkehr nicht eben fördernde Last aufbürden. Ueberdies entsteht der Zweifel, wie der §. 622 mit §. 983 zu vermitteln ist. Dieser § sagt: „Eine gerichtliche „Quittung kann bei Beträgen über Einhundert Thaler, sonst nur „dann verlangt werden, wenn dadurch ein gerichtliches Schuld„bekenntniß außer Kraft gesetzt werden soll oder eine solche zur „Erlangung einer gerichtlichen Verfügung nöthig ist.“ Auch diese Bestimmung möchte wohl zu weit gehen, dehnt jedenfalls die Fälle, in welchen in Sachsen nach der bisherigen Uebung eine gerichtliche Quittung verlangt werden kann, viel zu sehr aus. Aber wenn man sie auch billigen wollte: läßt es sich denn irgend vereinigen, daß das Recht, eine gerichtliche Quittung zu verlangen, hier auf gewisse Beträge beschränkt, im §. 622 aber dem Gläubiger ganz allgemein und ohne alle Beschränkung auferlegt wird, die Zahlung vor Gericht in Empfang zu nehmen, wenn es dem Schuldner beliebt, die Erfüllung vor Gericht bewirken zu wollen?

Im §. 624 wird eine durch die Natur der Verhältnisse wohl begründete Regel des bestehenden Rechts über die Befugniß eines Schuldners, vor dem Termine zu zahlen, völlig aufgehoben. Er

sagt: „Vor der gehörigen Zeit kann wider Willen des anderen „Theils die Leistung weder bewirkt noch gefordert werden."

Das bestehende Recht geht von der entgegengesetzten Regel aus, nämlich davon, daß im Zweifel und wenn nicht aus den Verhältnissen des concreten Falles das Gegentheil hervorgeht, von einem Zahlungstermine anzunehmen ist, er sey zu Gunsten des Schuldners beigefügt, daß daher der Schuldner auch vor dem Termine bezahlen und der Gläubiger die Annahme einer solchen Zahlung nicht verweigern kann (diei adjectio pro reo est). Die Motive bemerken dagegen zur Rechtfertigung der Aufhebung dieser Regel und der Einführung der entgegengesetzten, daß ein Schuldner vor dem Zahlungstermine zu leisten nicht befugt sey, Folgendes: „Zwar ist mit Rücksicht auf einige Stellen „des Römischen Rechts zeither öfters [?] gegen die hier gegebene „Regel behauptet worden, es sey der Gläubiger auch vor der Verfallzeit zur Annahme der Leistung verbunden. Diese Meinung „schien jedoch einer strengen Folgerichtigkeit um so weniger gemäß, „als es oft aus sehr natürlichen Gründen im Interesse des Gläubigers liegt, die bestimmte Zeit gehörig eingehalten zu sehen, und „man in der Regel annehmen muß, daß die Zeitbestimmung im „Interesse beider Parteien getroffen werde."

Es möchte schon auffallen, wenn die Motive sagen, es sey „zeither öfters" behauptet worden, daß der Gläubiger auch vor der Verfallzeit zur Annahme verbunden sey; denn es ist Dieses nicht nur öfters behauptet worden, sondern es ist eine in unsren Quellen vielfach ausgesprochene, meines Wissens unbestrittene, namentlich auch in Sachsen allgemein angenommene Regel des bestehenden Rechts. Was aber die „strenge Folge„richtigkeit" betrifft, von welcher die Motive sprechen: so kommt es ganz auf die Prämisse an, welchen Sinn denn überhaupt im Zweifel und in der Regel ein für die Zahlung festgesetzter Termin haben wird. In der Regel ist es nun offenbar blos ein Interesse des Schuldners, wenn er nicht sofort zu zahlen braucht, sondern ihm eine Frist eingeräumt wird, und wenn daher ein Gesetz dem Schuldner einen Termin zum Zahlen setzt oder ein Erblasser es thut oder der Schuldner sich einen Termin vertragmäßig ausbedingt: so ist es hiernach das den Verhältnissen Angemessene und Natürlichste, im Zweifel anzunehmen, ein solcher Aufschub sey im Interesse des Schuldners gesetzt, und dann, wenn

man diese Prämisse zugibt, führt die Folgerichtigkeit darauf, daß in der Regel und im Zweifel der Gläubiger, selbst wenn es ihm unbequem fallen sollte, die Zahlung auch vor der Verfallzeit anzunehmen verbunden sey. Soll denn, wie es nach dem Entwurfe der Fall seyn würde, einem Schuldner, welcher einem Anderen unverzinslich Geld schuldet, gar kein Mittel zu Gebote stehen, sich dieser Schuld vor dem Verfalltage zu entledigen (denn eine gerichtliche Hinterlegung würde auch nicht ein solches Mittel seyn, da nach dem Entwurfe auch diese, wenn der Gläubiger die Zahlung nicht annimmt, vor dem Verfalltage nicht mit Wirkung geschehen könnte)? soll selbst, wenn der Schuldner in seinem Interesse eine Stundung für eine unverzinsliche Schuld ausgewirkt hat, er nicht auf dieses ihm eingeräumte Recht verzichten und früher zahlen können? Nach dem allgemeinen Satze des §. 624 müßte man selbst Dieses verneinen. Oder soll dieser allgemeine Satz nach Dem, was die Motive andeuten zu wollen scheinen, dahin beschränkt werden, daß im Zweifel anzunehmen sey, ein Zahlungstermin sey im Interesse beider Parthieen gesetzt, und daher nur im Zweifel und in der Regel der Gläubiger zur Annahme der Zahlung vor dem Verfalltage nicht angehalten werden könne? Dann aber müßte sich das Gesetz, wenn Dieses sein Sinn seyn sollte, ganz anders ausdrücken. Wirklich beschränkt auch der Entwurf in einigen Fällen im besondern Theile des Forderungenrechts jene Regel des §. 624. So bestimmt z. B. der §. 1134 von dem Falle, wenn Jemandem unentgeltlich eine Sache zum Gebrauche geliehen wird, Folgendes: „Der Entlehner ist „zwar berechtigt, die entlehnte Sache auch vor der bestimmten „Zeit zurückzugeben; fällt aber die frühere Zurückgabe dem „Verleiher beschwerlich, so kann er sie ablehnen." Es möchte aber gerade aus dieser Bestimmung sich ergeben, wie schwer es ist, die Bestimmung des §. 624 folgerecht durchzuführen. Will der Entwurf bei seinem §. 624 „strenge Folgerichtigkeit" festhalten: so muß er auch beim Commodat die Ausübung des Rechts, frühere Zurückgabe abzulehnen, lediglich vom „Willen" des Gläubigers (s. §. 624) abhängig machen. Dies thut er aber nicht; vielmehr scheint der erste Satz des §. 1134 davon auszugehen, daß bei einem Leihvertrage der Termin der Zurückgabe im Zweifel im Interesse des Entlehners gesetzt und daher derselbe berechtigt sey, vor dem Termine die Sache zurückzugeben. Wenn dies aber

der Fall ist, soll dann der Entlehner dieses Recht verlieren, wenn etwa wegen später eingetretener Umstände dem Verleiher die frühere Annahme der geliehenen Sache beschwerlich wird?

Der §. 734 bestimmt von der Conventionalstrafe: „Ein „verabredeter Vergütungsbetrag kann nur gefordert werden, wenn „der Hauptvertrag selbst zu klagen berechtigt."

Zunächst möchte man hierbei und überhaupt bei der Weise, wie der Entwurf die Conventionalstrafe auffaßt, fragen, ob denn eine Conventionalstrafe blos bei einer Verbindlichkeit, die auf einem Vertrage beruht, verabredet werden könne, ob sie denn nicht auch bei anderen Verbindlichkeiten zulässig sey. Die Auffassung des Entwurfes ist jedenfalls eine zu enge. Außerdem aber wird man weiter mit Recht fragen können, ob sich wohl die angeführte Bestimmung des §. 734 in ihrer Allgemeinheit rechtfertigen lasse? Die Motive sagen darüber blos: „Nur verstand „es sich, daß ein solcher Nebenvertrag nicht darauf berechnet seyn „dürfe, zur Umgehung der Gesetze einem ungültigen Hauptver„trage thatsächlich Kraft zu verleihen. Deßhalb war in §. 734 „die Klagbarkeit jenes durch die Gültigkeit dieses zu bedingen."

Abgesehen davon, daß der Entwurf, wie auch die Motive, hier Klagbarkeit und Gültigkeit als etwas Gleichbedeutendes zu nehmen scheinen, während sie doch ganz wesentlich von einander verschieden sind: so geht ja die angeführte Bestimmung des §. 734 viel weiter, als, wie es scheint, die Motive gehen wollen. Nach den Motiven soll blos verhindert werden, daß durch Verabredung einer Strafe zur Umgehung der Gesetze einem ungültigen Hauptvertrage Kraft verliehen werde. Es scheint aber dabei gar nicht beachtet worden zu seyn, daß es Fälle geben kann, in welchen ein Hauptvertrag an sich keine rechtliche Wirkung hat und doch dabei nach aller Rechtsconsequenz die Verabredung einer Strafe völlig gültig und dabei von einer Umgehung der Gesetze gar nicht die Rede ist, Fälle, welche unser bestehendes Recht wohl vorgesehen hat. Man nehme nur den Fall, wenn ein Hauptvertrag deßhalb unwirksam ist, weil seine Erfüllung für den Promissar an sich kein rechtliches Interesse hat, und nun bei einem solchen Vertrage eine Conventionalstrafe verabredet wird; z. B. ich verspreche Jemandem, eine gewisse Sache nicht zu veräußern, oder eine gewisse Sache einem Dritten zu schenken, und füge bei, aß ich, falls ich das Versprechen nicht halten sollte, ihm eine

gewisse Geldsumme bezahlen werde. In einem solchen Falle wird das Moment, wegen dessen das Hauptversprechen an sich unwirksam ist, der Mangel an rechtlichem Interesse, für den Promissar durch die Zusicherung der Conventionalstrafe gehoben, und deshalb erklärt das Römische Recht in seiner Consequenz, daß in solchen Fällen die Verabredung der Strafe durchaus gültig und wirksam sey. Nach dem Entwurfe aber müßte man in solchen Fällen, in welchen gerade die Verabredung einer Strafe von besonderem praktischen Interesse ist, diese Verabredung für ungültig erklären. —

Wenn Jemand sich in die Angelegenheiten und Geschäfte eines Anderen wider dessen erklärten Willen einmischt: so kann er nach dem bestehenden Rechte aus einer solchen negotiorum gestio keinenfalls auf Ersatz seiner Auslagen gegen den Anderen klagen. Diesen Grundsatz des bestehenden Rechts erkennt auch der §. 754 an, aber nur als Regel. Denn er fügt bei: „Will „aber der Eigenthümer [damit bezeichnet der Entwurf, freilich in nicht geeigneter Weise, den Anderen, dessen Geschäft gerirt wurde] „sich den dadurch entstandenen Vortheil aneignen, so leidet §. 751 „Anwendung", d. h. er muß dem Besorger, soweit der Vortheil reicht, Kosten und Schaden ersetzen. Eine solche Ausnahme und Beschränkung des angeführten Grundsatzes macht meines Wissens das bestehende Recht nicht. Soweit sich ein jus tollendi nicht ausüben läßt, hat nach dem bestehenden Rechte in einem solchen Falle der aufdringliche negotiorum gestor kein Recht auf Ersatz seiner Auslagen, vielmehr den Nachtheil sich selbst zuzuschreiben. Dies liegt auch in aller Rechtsconsequenz, vollends in Fällen, in welchen der negotiorum dominus den ihm gegen sein ausdrückliches Verbot aufgedrungenen Vortheil von dem Seinigen nicht trennen kann, — Fälle, in welchen er nach dem Entwurfe entweder das Seinige aufgeben oder den Werth des Vortheils dem Aufdringlinge ersetzen müßte.[89]

---

89) Wie hier vom Entwurfe der Wirksamkeit einer negotiorum gestio wohl eine zu große Ausdehnung gegeben ist, so möchte dies auch der Fall mit der versio in rem seyn, indem der §. 760 folgende allgemeine, aber in dieser Allgemeinheit sehr bedenkliche Regel aufstellt: „Wenn ohne Geschäftsführung eine „Verwendung zum Nutzen eines Andern geschehen, so kann der Eigenthümer (?) das Verwendete in Natur, oder wenn dies nicht möglich ist, den „Werth, welchen es zur Zeit der Verwendung gehabt hat, ersetzt verlangen,

Der §. 864 enthält über Bürgschaft folgende Bestimmung: „Wer sich für eine Person verbürgt, welche sich vermöge ihrer „Eigenschaften nicht verbindlich machen kann, ist gleich „einem Mitschuldner zur ungetheilten Hand verpflichtet, außer „wenn ihm diese Eigenschaft unbekannt, dem Gläubiger aber be„kannt gewesen ist."

Auch hierin liegt eine bedeutende Abweichung vom bestehenden Rechte, welche in dieser Allgemeinheit schwer zu rechtfertigen seyn wird. Soll, wie es nach diesem § der Fall seyn würde, ein Bürge, welcher sich für einen Verpflichtungsunfähigen verbürgt, wenn weder er noch der Gläubiger diese Unfähigkeit kannte, gegen den Gläubiger vollkommen verpflichtet werden und zwar unbedingt wie ein Selbstschuldner? Man könnte hier schon fragen, wie sich dies soll vermitteln lassen mit dem Grundsatze des §. 857, nach welchem „Verbindlichkeiten, welche „nie zu Recht bestanden haben, weder übernommen noch bekräf„tigt werden können"; denn in den Fällen des §. 864 handelt es sich ja auch von der Bekräftigung einer Verbindlichkeit, welche nie zu Recht bestand.[90] Wie soll es sich daher rechtfertigen, in dem Falle des §. 864 von dem Grundsatze des §. 857 abzuweichen? Soll etwa die Rechtfertigung darin liegen, daß hier von einer Leistung die Rede ist, welche an sich Gegenstand eines gültigen Vertrages seyn könnte, und die Hauptschuld nur deßhalb ungültig ist, weil der Hauptschuldner verpflichtungsunfähig war? Allein kann ein solches Moment eine andere rechtliche

„obgleich vielleicht (?) der Nutzen in der Folge vereitelt wurde, „sofern dies nur nicht durch die von ihm zu vertretende fehlerhafte Beschaffenheit „der Sache oder sonst durch seine Schuld veranlaßt worden ist." Es wird nicht nöthig seyn, auf die Consequenzen aufmerksam zu machen, auf welche diese vage Regel, in der ich ein sicheres Princip nicht zu finden weiß, führen muß.

90) So wird wenigstens der §. 864 auszulegen seyn. Freilich wenn man sich streng an seine Worte hält, würde er auch noch von anderen Fällen handeln; denn „wer sich für eine Person verbürgt, welche sich vermöge ihrer persönlichen „Eigenschaften nicht verbindlich machen kann," konnte sich ja für eine ganz gültige Schuld dieser Person verbürgt haben, z. B. wenn ein Minderjähriger aus einem Testamente oder sonst aus einem Grunde Etwas ganz gültig schuldig ist, und ich verbürge mich für ihn, so habe ich mich ja auch „für eine Person ver„bürgt, welche sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaften nicht verbindlich „machen kann;" allein an solche Fälle dachte der § nicht. Jedenfalls aber sollte er deßhalb ganz anders gefaßt werden.

Behandlung des Falles begründen, als der Grundsatz des §. 857 mit sich bringen würde? — Die Motive sagen zur Rechtfertigung der betreffenden Bestimmung des §. 864 blos: „Man hat in den „Fällen, wo beide Theile die Unfähigkeit . . . nicht kannten, . . „Klagbarkeit angenommen, weil die Bürgschaft für den Gläu„biger Grund genug war, das Geschäft einzugehen," d. h. also weil die Bürgschaft den Gläubiger bestimmte, mit dem Verpflichtungsunfähigen zu contrahiren. Allein gegen diesen Grund würde Doppeltes sich einwenden lassen. Einmal geht der §. 864 viel weiter, als dieser Grund der Motive. Der § setzt nämlich nicht als nothwendig voraus, daß der Bürgschaftsvertrag schon bei Eingehung des Hauptvertrags geschlossen wurde. Wie soll es denn z. B. gehalten werden, wenn Jemand einem Verpflichtungsunfähigen z. B. einem entmündeten Verschwender, ohne seine Verpflichtungsunfähigkeit zu kennen, ein Darlehn gibt und ihm am Verfalltage auf dessen Bitte weitere Zahlungsfrist unter der Bedingung gewährt, daß er ihm einen Bürgen stelle, und wirklich nun ein Dritter, dem auch jener Unfähigkeitsgrund unbekannt ist, Bürgschaft leistet? Hier war die Bürgschaft kein Grund für den Gläubiger, das Hauptgeschäft einzugehen, sondern blos Grund der Stundung; auf einen solchen Fall paßt daher der Grund der Motive nicht. Anderntheils möchte man aber fragen: wenn auch die Bürgschaft für den Gläubiger „Grund „genug war, das Geschäft einzugehen," wie soll daraus irgend folgen und es sich rechtfertigen, daß nun der Bürge, der in gleichem Irrthum mit dem Gläubiger war, für eine Verbindlichkeit allein haften soll, die gar nicht existirt? daß er nun den Nachtheil tragen soll? In einem solchen Falle liegt es doch in aller Rechtsconsequenz, den Nachtheil Den tragen zu lassen, in dessen Verhältnissen er eintrat, also den Gläubiger, der sich in ein ungültiges Geschäft einließ. In der Bürgschaftleistung liegt im Zweifel blos die Erklärung, daß man für eine concrete Verbindlichkeit, wie sie bestehe, haften wolle; wenn es sich daher findet, daß keine Verbindlichkeit bestand, soll nun der Gläubiger, der eigentlich gar kein Gläubiger war, den Bürgen als seinen Hauptschuldner behandeln können?

Bei der Abtretung von Forderungen bestimmen über die Einrede, welche der Schuldner gegen die abgetretene Forderung hatte, die §§. 948 und 949 Folgendes: §. 948. „Der Schuldner

„kann alle Einwendungen, 1. welche ihm, bis ihm der Uebernehmer auf die §. 947 angegebene Weise bekannt gemacht wurde, „gegen den Ueberträger zustanden, 2. welche sich auf die Gültigkeit oder Wirksamkeit des Uebertragungsgeschäftes beziehen, und „3. welche aus dem eigenen Verhältnisse des Schuldners gegen „den Uebernehmer entstehen, dem letzteren entgegenstellen."

§. 949. „Hat aber der Schuldner die Forderung gegen den „redlichen Uebernehmer für richtig anerkannt, so kann er gegen „denselben nur von den §. 948 unter Nr. 2 und 3 erwähnten „Einwendungen Gebrauch machen."

Diese Bestimmung des §. 949 enthält eine sehr weit gehende Aenderung des bestehenden Rechts, eine Aenderung, welche in ihrer Ausdehnung weder an sich zu vertheidigen ist, noch mit Grundsätzen, zu denen sich der Entwurf sonst bekennt, sich vereinigen lassen wird.

Habe ich den Inhalt des §. 949 richtig aufgefaßt: so soll nach ihm ein debitor cessus, welcher auf irgend eine Weise gegen den redlichen Cessionar seine Schuld anerkennt, **alle** Einwendungen verlieren, die ihm gegen den Cedenten zustanden (alle, welche sich nicht auf das Uebertragungsgeschäft selbst beziehen). Daß dieses in dem Falle, wenn dem Schuldner die ihm zustehenden Einwendungen gegen die Schuld unbekannt sind, was ja sehr leicht der Fall seyn kann, gegen das bestehende Recht ist, leidet wohl keinen Zweifel. Es ist aber auch gegen alles natürliche Recht und gegen das Princip, welches der Entwurf selbst über die Folgen des Anerkenntnisses einer Verbindlichkeit aufstellt. Denn der Entwurf bestimmt ganz allgemein im §. 849: „Das ausdrückliche oder stillschweigende Anerkenntniß „einer eigenen Verbindlichkeit gewährt zwar kein neues Recht „zur Sicherung der Forderung; es wird aber durch dasselbe, „wenn es die Erfordernisse eines rechtsgültigen Versprechens hat, „der Umfang der Verbindlichkeit außer Zweifel gesetzt und die „Einwendung gehoben, welche sich auf den früheren Mangel freier und ernster Einwilligung bezog." Man könnte zwar, was zunächst diesen § betrifft, auch gegen ihn nicht unbegründete Bedenken erheben; denn er geht wohl zu weit und in anderer Beziehung nicht weit genug. Er geht nicht weit genug; denn wenn die Verbindlichkeit anfechtbar ist, der Ver-

pflichtete erkennt sie aber gegen den Gläubiger an: so sollte doch, wenn er dabei sein Recht zur Anfechtung kannte, dadurch die Anfechtbarkeit der Schuld gehoben werden ohne Rücksicht auf den Grund, auf welchen sich diese Anfechtbarkeit stützte. Er scheint aber auch zu weit zu gehen, je nach dem Sinne, den man dem „Mangel freier und ernster Einwilligung" beizulegen hat; denn das Anerkenntniß einer Verbindlichkeit ist ja nichts anderes, als eine ratihabitio und muß daher den natürlichen Beschränkungen jeder Genehmigung[91] unterliegen.

Jedenfalls aber ist der §. 849 entschieden dagegen, daß durch ein Anerkenntniß einer Verbindlichkeit alle und jede Einwendungen, die man gegen die Verbindlichkeit hat, unbedingt erlöschen. Wie soll es sich nun rechtfertigen lassen, daß nach §. 949 das von einem debitor cessus ausgesprochene Anerkenntniß mehr wirken soll, als nach §. 849 das von einem Schuldner überhaupt ausgesprochene Anerkenntniß? Der Umstand, daß im ersteren Falle der Schuldner durch Cession einen anderen Gläubiger bekam, kann doch unmöglich ein Moment seyn, wodurch eine solche Verschiedenheit motivirt werden könnte. Die Motive bemerken blos: „Diese Vorschrift folgt nach §. 920 „als Regel (?), weil das oben an die Spitze gestellte Princip „mit der Einwilligung des Schuldners seine Kraft verliert." Allein der §. 920 sagt blos, daß es vom Willen des Gläubigers oder Schuldners abhänge, ihre gegenseitigen Rechte oder Verbindlichkeiten umzuändern. Daraus folgt aber durchaus nicht der Grundsatz, den der §. 949 ausspricht; denn im Falle des §. 949 kommt es ja eben darauf an, ob denn der Schuldner die Absicht hatte oder auch nur haben konnte, auf seine Einwendungen zu verzichten; der §. 949 präsumirt gleichsam diese Absicht einer Umänderung beim Schuldner vermöge einer unwiderleglichen Rechtsvermuthung; allein gerade das ist eben die Frage, wie sich dies begründen lassen soll. Was aber das in den Motiven erwähnte, an die Spitze der Lehre von der Abtretung gestellte Princip betrifft: so ist damit der Grundsatz gemeint, daß, wie die Motive sagen, „in der Abtretung eines Rechts ohne die „Einwilligung eines Schuldners es liegt, daß bei Beurtheilung

91) Vergl. Mein Handb. des Württ. Privatr. II §. 100.

„des Rechtsverhältnisses der alte Gläubiger noch als Inhaber „der Forderung insofern betrachtet werden muß, als es sich objectiv um die Natur des übertragenen Rechts handelt." Allein soll denn dieser natürliche, in dem Wesen der Cession liegende Grundsatz eine Aenderung leiden, wenn der Schuldner nach geschehener Abtretung gegen den neuen Gläubiger auf irgend eine Weise seine Verbindlichkeit als richtig anerkennt? vollends wenn er es durch concludente Handlungen, z. B. durch Zinsenzahlung thut? Nach dem bestehenden Rechte hat ein solches Anerkenntniß keine andere Wirkung, als jedes von einem Schuldner ausgesprochene Anerkenntniß überhaupt, und dies ist auch der Natur der Sache entsprechend. Aber der Entwurf scheint jedes Anerkenntniß eines debitor cessus als eine wahre novatio mit der Wirkung aufzufassen, daß nun alle Einwendungen gegen die alte Schuld wegfallen — und da möchte man eben die Frage wiederholen, warum soll denn beim debitor cessus ein solches Anerkenntniß diese besondere, mit Dem, was die Partheieen meinten und wollten, schwer in Einklang zu bringende Wirkung haben?

Und — möchte man weiter fragen — hat der Entwurf das Verhältniß einer solchen Bestimmung zu seinen eigenen anderweiten Bestimmungen ins Auge gefaßt? Man nehme nur z. B. den Fall: der A glaubt eine Forderung an den B zu haben; er tritt diese vermeintliche Forderung an den C ab; inzwischen starb der B, der Cessionar meldet sich als Gläubiger bei dem Erben des B und von diesem wird die Schuld seines Erblassers, weil ihm kein Anfechtungsgrund bekannt ist, sofort anerkannt (was er um so mehr thun wird, je gewissenhafter er ist); nachher aber zeigt es sich, daß der Erblasser gar nichts schuldig war, oder die Schuld hätte anfechten können. Soll nun der Erbe, der im Irrthum eine Nichtschuld anerkannte, aus dieser promissio indebiti zur Zahlung verpflichtet werden? Nach §. 949 muß diese Frage bejaht werden. Allein wie läßt sich eine solche Bestimmung mit den Grundsätzen über Zahlung und Versprechen einer Nichtschuld, die der Entwurf selbst anerkennt, und wie läßt sie sich mit der Natur der Sache vermitteln?

Doch — ich beschränke mich auf diese Belege aus dem allgemeinen Theile des Forderungenrechts, obwohl der besondere Theil noch manche Beispiele für Das darbieten dürfte, was ich

von den Neuerungen behauptete, die der Entwurf an unsrem bestehenden Rechte treffen will.

Die in dem Vorstehenden angeführten Belege werden wohl auch genügen, um ein Urtheil über den Entwurf zu würdigen, welches Mittermaier in einer Abhandlung ausspricht, die mir gerade, indem ich diesen Abschnitt schließe, zukommt. In einer Abhandlung über „die neuesten Gesetzgebungsarbeiten auf dem „Gebiete der Civilgesetzgebung"[92] spricht Mittermaier auf vier Seiten auch von unsrem vorliegenden Entwurfe. Er macht in seinem Berichte, gewiß mit Recht, auf den Entwurf und die ihm beigegebenen Motive aufmerksam, fordert zu einer Prüfung desselben auf und bezeichnet die Punkte näher, auf welche sich seiner Ansicht nach eine solche Prüfung zu beziehen haben werde. Dabei gibt er selbst einige aphoristische Bemerkungen über einzelne Abschnitte und §§ des Entwurfes und fügt noch ein allgemeines Urtheil bei. Allein — amicus Plato, sed magis amica veritas!

Ich gestehe offen, daß ich in Dem, was Mittermaier sagt, eine solche Prüfung, wie sie dem Entwurfe geschenkt werden sollte und wie sie ihm namentlich von einem Germanisten werden sollte, nicht finden kann, selbst wenn man sich blos auf einige aphoristische oder gelegenheitliche Bemerkungen und auf ein allgemeines Urtheil oder auf eine flüchtige Berührung der Sache beschränken will.

Mittermaier sagt: „Uns erscheint nämlich der Entwurf „als eine Codification der gemeinrechtlichen Ansichten „nach dem Standpunkte der Fortschritte der Wissenschaft." Dieses — das allgemeine Urtheil.[93]

---

92) Archiv f. civilist. Prax. Bd. XXXVI H. 1 S. 114—118.

93) Wenn man nicht auch noch Das zu dem allgemeinen Urtheile zählen will, was Mittermaier S. 114, 115 sagt. Er bemerkt hier: „Abweichend von „allen Andern [d. h. wohl: Gesetzgebungsarbeiten?] ist der Entwurf, bei „dessen Bearbeitung das Oesterr. Gesetzb. vorzüglich vorschwebte (?), dadurch, „daß der Verfasser mehr an die bisherige Rechtsübung seines Vaterlandes sich „anschloß und ein mehr wissenschaftlich gearbeitetes Gesetzbuch bezweckte. Da „nun in Sachsen von jeher durch ausgezeichnete Juristen für die Rechtswissen„schaft viel geleistet wurde, aber, was oft zu beklagen war, die Sächsischen Ju-

Eine Codification der gemeinrechtlichen Ansichten! Was auch Mittermaier unter diesem Ausdrucke verstanden haben mag, man vergleiche nur einmal Das, was ich in diesem Abschnitte über das Verhältniß des gemeinen Rechts zum Entwurfe ausführte und entscheide dann darüber, ob der Entwurf eine solche Codification genannt werden kann — und ähnlich wie mit diesem allgemeinen Urtheile Mittermaier's möchte es sich wohl auch bei vielen seiner einzelnen Bemerkungen verhalten. Ich will nur zwei Beispiele anführen. Mittermaier sagt S. 117, im Entwurfe sey „die Lehre vom Eigenthum in Römischer Auf„fassung dargestellt"; er citirt dabei den §. 270 und läßt in einer Note die in §. 270 enthaltene Definition des Eigenthums und noch dazu nicht einmal ganz richtig abdrucken.[94] Was der Abdruck dieser Definition soll, kann ich nicht finden. Sollte er etwa einen Beleg dafür geben, daß der Entwurf — „auf dem Stand„punkte der Fortschritte der Wissenschaft" steht, obwohl man sich in unsrer Zeit mehr und mehr überzeugt, daß eine solche Definition in einen schweren Conflict mit dem beschränkten Eigenthume kommt? oder soll sie einen Beleg dafür geben, daß bei Bearbeitung unsres Entwurfes „das Oesterreichische Civilgesetz„buch vorzüglich vorschwebte?" Jedenfalls wird man diese Definition, welche beinahe wörtlich aus dem Oesterreichischen G.-B. genommen ist, nicht für einen Beleg der behaupteten „Römischen

„risten die hohe Bedeutung eines nationalen Rechts nicht erkannten (??) und „in großer Vorliebe für Röm. Recht immer mehr Römische Ansichten in die „Rechtsbildung hereinzogen, so (?) sind zwei Eigenthümlichkeiten des „neuen Entwurfes begreiflich, nämlich daß er ausführlicher als das Oesterr. „Gesetzbuch bearbeitet ist und daß er vielfach (zu viel) [diese Parenthese ist von „Mittermaier] sich Römischen Ansichten anschließt." — Es wird nicht nöthig seyn, dieses Urtheil zu analysiren. Nur möchte ich fragen: ist es denn eine Eigenthümlichkeit des Entwurfes „gegenüber von allen Andern", daß er ausführlicher als das Oesterreichische Gesetzbuch ist? und ist es eine Eigenthümlichkeit desselben auch nur gegenüber vom Oesterreichischen Gesetzbuche, daß er vielfach sich Römischen Ansichten anschließt? Was sollen solche Urtheile?

94) Der §. 270 sagt: „Eigenthum ist das Recht, über das Wesen (die „Substanz) und die Nutzungen einer körperlichen Sache nach Willkür zu ver„fügen und Andere davon auszuschließen." In dem Mittermaierschen Abdrucke wird aus „Wesen **oder** (denn dies soll doch die Parenthese des Entwurfes bedeuten) die Substanz" gemacht: „das Wesen **der** Substanz" (mit Weglassung der Parenthese). —

Auffassung" nehmen und unter ihr nicht die „Lehre vom Eigen-„thum", von welcher Mittermaier spricht, verstehen sollen, sondern die „Römische Auffassung" wenigstens auf die leitenden Grundsätze der ganzen Lehre vom Eigenthum zu beziehen haben. Aber, möchte ich nur fragen, kann man wohl bei einer Reihe der wichtigsten und durchgreifendsten Bestimmungen des Entwurfes über Eigenthum, namentlich bei den Bestimmungen über Verlust, beziehungsweise Erwerb des Eigenthums durch Handlungen eines Nichteigenthümers (oben S. 75 f.), über Beschränkung der Vindication (S. 82 f.), über Amalgamirung der rei vindicatio und Publiciana actio (S. 73 f.), ferner bei den Bestimmungen über confusio, über adjunctio u. specificatio, über Erwerb des Eigenthums an Grundstücken und bei noch manchem Anderen, was der Entwurf in der Lehre vom Eigenthum enthält, kann man denn hier von einem „Darstellen in **Römischer** Auffassung" sprechen?! —

Nicht minder auffallend ist, was Mittermaier S. 115 über die Behandlung des Irrthums bei Verträgen und über das Verhältniß des Entwurfes zum Oesterreichischen Gesetzbuche bei dieser Frage bemerkt. Er sagt hier wörtlich, mit Einschluß der Parenthesen, Folgendes: „Während das Oesterr. Gesetzb. §. 871, „872 den Einfluß des Irrthums auf den Vertrag (wir glauben „genügend) ordnet, hat der Entwurf §. 687—694 auch Folge-„sätze (es ist zwar richtig, daß der Entwurf oft einen Satz des „Oesterr. Gesetzb. in mehreren Sätzen auflöst), z. B. was als „wesentliche Eigenschaften bei einem Vertrage anzusehen ist, auf-„gestellt."

Nach der Weise, wie sich Mittermaier hier ausdrückt, muß jeder Leser glauben, das Oesterreichische Gesetzbuch gebe seine Grundsätze über den Einfluß des Irrthums auf den Vertrag blos in zwei Paragraphen, blos in seinen §§. 871 und 872 (und schon dies hält Mittermaier für genügend!), unser Entwurf dagegen in seinen acht Paragraphen, in den §§. 687—694, gebe weit mehr, namentlich auch noch eine Reihe von Folgesätzen, die im Oesterreichischen Gesetzbuche nicht enthalten seyen, und ein Beispiel von solchen Folgesätzen sey die nähere Bestimmung der Frage, was als wesentliche Eigenschaft bei einem Vertrage anzusehen ist. Hat wohl Mittermaier den Entwurf mit dem Oesterreichischen Gesetzbuche genauer verglichen? — Wenn dies

der Fall ist: so durfte er nicht schon beim §. 872 des Oesterreichischen Gesetzbuches die Vergleichung schließen, sondern mußte auch noch die §§. 873—877 in Demselben lesen. Denn die Paragraphen unsres Entwurfes, welche Mittermaier im Gegensatze zum Oesterreichischen G. B. anführt, die §§. 687—694 unsres Entwurfes, mit Abrechnung der anderthalb Zeilen des §. 691, also diese sieben Paragraphen unsres Entwurfes sind mit Ausnahme einer Periode im §. 690 beinahe wörtlich genommen aus den vom Irrthum handelnden **sieben** §§ des Oesterreichischen Gesetzbuches, aus dessen §§. 871—877. Was aber Mittermaier als Beispiel der von ihm sogenannten „Folgesätze" anführt, welche im Gegensatze zum Oesterreichischen Gesetzbuche der Entwurf enthalten soll, so ist dieses Beispiel nichts Anderes, als eine nähere Bestimmung dessen, was das Oesterreichische Gesetzbuch in seinem §. 871 zur Bestimmung des wesentlichen Irrthums sagt, unser Entwurf aber in seinem entsprechenden §. 687 wegläßt, in den folgenden § verweist und dort näher und allerdings etwas anders, als das Oesterreichische Gesetzbuch, bestimmt!

IV.

Andere Seiten des Inhalts des Entwurfes, namentlich seine Construction der Begriffe, seine Sprache, Terminologie, Definitionen und das der Schule Angehörige.

Zu den Anforderungen, welche man an die, wenn ich sie so bezeichnen soll, mehr formelle Seite des Inhalts eines Gesetzbuches, an seinen Inhalt, soweit er nicht den materiell rechtlichen Gehalt der einzelnen Bestimmungen, ihre Uebereinstimmung mit dem Rechtsbegriffe betrifft, mit Recht macht, gehören wohl ohne Zweifel unter anderen namentlich folgende: das Gesetzbuch soll möglichst klar und verständlich geschrieben seyn, im Ausdrucke so bestimmt, präcis und zutreffend, daß es den Gedanken des Gesetzgebers wirklich gibt, nicht mehr und nicht weniger ausspricht und möglichst wenig Zweifeln hierüber Raum läßt; seine Terminologie soll eine feste, sichere, der Sache möglichst entsprechende

seyn; es soll, durchdrungen von wahrer Wissenschaftlichkeit, doch die Grenze zwischen einer wissenschaftlichen Bearbeitung des Stoffes und der legislativen Feststellung wahren, nicht von dieser in jene verfallen, nicht geben, was lediglich in den Kreis der Schule und des Lehrbuches gehört, dabei aber es doch nicht verschmähen, durch Uebersichtlichkeit dem Verständnisse des Lesers zu Hülfe zu kommen; es soll in genauer, scharfer, den Verhältnissen entsprechender Construction der Begriffe nicht Wesentliches vermissen lassen; endlich soll es seinen Stoff in möglichster Vollständigkeit behandeln.

Bei der Untersuchung, wie weit der Entwurf diesen Anforderungen genügt, will ich die Frage über die Vollständigkeit dem folgenden Abschnitte überlassen, und hier blos auf die anderen ausgehobenen Beziehungen eingehen.

Was diese betrifft, so kann ich wieder nicht bergen, daß mir in denselben der Entwurf große Bedenken darzubieten scheint. Die Anführung einer Reihe dieser Bedenken, gleichsam eine Anticipation dieses Abschnittes, gab sich gewissermaaßen ganz von selbst bei den Ausführungen der beiden vorhergehenden Abschnitte, indem die Belege, die ich in diesen Abschnitten zunächst in anderen Beziehungen zusammenstellte, zugleich auch vielfach auf die vorhin ausgehobenen Seiten des Entwurfes führten. Das Folgende soll daher blos noch einen Nachtrag zu jenen Belegen nur in anderer Richtung geben.

Construction der Begriffe. Auf diese Frage führten ganz besonders die Erörterungen des II und III Abschnittes; ich erlaube mir namentlich in Bezug zu nehmen, was ich oben S. 20 f., 32 f., 72 f., 85 f., 91 f., 102 f., 128 f., 143 f., 151 f., 153 f., 166 ausführte, indem ich glaube, an diesen Stellen gezeigt zu haben, wie mißlich es mit der Construction der Begriffe im Entwurfe stehen dürfte. Deßhalb beschränke ich mich darauf, hier nur einige weitere Belege, hauptsächlich aus dem allgemeinen Theile und aus dem Forderungenrechte nachzutragen.

Der §. 62 sagt unter der Rubrik: „Begriff der Sache" Folgendes: „Alles, was Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit seyn kann, heißt im rechtlichen Sinne eine Sache."

Wir finden hier einen Begriff der Sache, wie er in früherer Zeit oft gegeben wurde, in unsrer Zeit aber wohl beinahe allgemein und sehr mit Recht aufgegeben ist. Es wird die Sache

vom Entwurfe identificirt mit dem Rechtsobject. Jedes Rechtsobject, aber auch nur das Rechtsobject, ist ihm eine Sache. Ich will ganz davon absehen, was schon Andere gegen diese Verwechslung der Sachen mit den Rechtsobjecten ausgeführt haben, und mich darauf beschränken zu untersuchen, wohin der Begriff des Entwurfes in der Anwendung auf den Inhalt des Entwurfes selbst führt.

Der Entwurf sagt in §. 101: „Personenrechte beruhen „auf persönlichen Eigenschaften und bleibenden Verhältnissen zu „anderen Personen. Sachenrechte beziehen sich auf das Ver„hältniß einer Person zu einer Sache."

Also Sachenrechte sind solche Rechte, die sich auf das Verhältniß einer Person zu einer Sache beziehen. Da nach §. 62 jedes mögliche Rechtsobject eine Sache ist: so sind also nach dem Entwurfe Sachenrechte solche Rechte, die sich auf das Verhältniß einer Person zu einem möglichen Rechtsobjecte beziehen. Was bleibt aber nun, möchte man fragen, für die anderen Rechte übrig? kann nicht auch eine Person Gegenstand eines Rechts, z. B. das Kind Gegenstand des Rechts der elterlichen Gewalt seyn? und gibt es überhaupt Rechte, die sich auf das Verhältniß einer Person zu einem möglichen Rechtsobjecte nicht beziehen? Wenn dies, wie mir scheint, verneint werden muß: so würden hiernach dem Entwurfe zufolge die Sachenrechte alle Rechte umfassen; wenn sie aber nicht alle Rechte umfassen sollen, dann werden wohl die Begriffe der §§. 62 und 101 geändert werden müssen. Erwägt man aber vollends, daß nach §. 65 auch Rechte zu den Sachen gehören: so würden hiernach zu den Sachenrechten auch alle Rechte gehören, die sich auf das Verhältniß einer Person zu — einem Rechte beziehen. Aber dann möchte man wieder fragen, was soll dann der Gegensatz zu den Sachenrechten seyn? Gibt es denn Rechte, die sich — nicht beziehen auf das Verhältniß einer Person zu einem Rechte?

Ferner: der Entwurf sagt unter der Rubrik „Eintheilung der „Sachen nach ihrer Beschaffenheit" im §. 65 Folgendes: „Kör„perliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen. „Unter unkörperlichen Sachen versteht man Rechte."

Es ist gegen diesen § schon von Anderen mit Recht erinnert worden, daß nach ihm, da er unter unkörperlichen Sachen Rechte überhaupt, also alle Rechte begreift, das Eigenthumsrecht

unter die unkörperlichen Sachen fallen würde, während doch, wenn man körperliche und unkörperliche Dinge unterscheidet, das Eigenthumsrecht unter den körperlichen Dingen begriffen seyn muß. Denn jene ganze Eintheilung kann sich ja blos auf Das beziehen, was Inhalt des Vermögens ist, und wenn man diesen Inhalt eintheilt in Sachen und Rechte: so versteht nicht nur der Jurist, sondern auch jeder Laye unter seinen Sachen die Sachen, die er im Eigenthum hat, unter seinen Rechten alles Uebrige, was zu seinem Vermögen gehört, und so ist daher bei einer solchen Eintheilung das Eigenthum stets identisch mit der (körperlichen) Sache. Selbst der Entwurf erkennt dies unwillkürlich in anderen Verbindungen an. Man nehme nur z. B. die §§. 118, 157 u. 158. In diesen §§ wird unterschieden Besitz der Sache (ohne näheren Beisatz) und Rechtsbesitz. Der Entwurf ist aber hier weit entfernt, diesen Rechtsbesitz auch auf die Ausübung des Eigenthumsrechts zu beziehen, vielmehr ist ihm die factische Ausübung des Eigenthumsrechts ein Fall des Sachenbesitzes d. h. des Besitzes körperlicher Dinge. Ebenso wird man doch wohl annehmen müssen, daß, wenn der §. 68 sagt: „Rechte sind den beweglichen Sachen gleich zu achten", er hier unter den Rechten nicht das Eigenthum, sondern blos andere Rechte begreift.

Sehen wir aber auch hiervon ganz ab, sehen wir ferner ganz davon ab, daß nach §. 65 alle und jede Rechte Sachen sind, somit nach §. 62 Rechtsobjecte seyn sollen: so möchte man fragen, wie sich denn die im §. 65 gegebenen Definitionen von körperlichen und unkörperlichen Sachen verhalten sollen zu dem Begriffe der Sache, den der §. 62 aufstellt. Theilt man die Sachen in körperliche und unkörperliche ein: so muß doch wohl diese Eintheilung Alles begreifen, was unter den Sachenbegriff fällt; denn man wird doch nicht noch ein Drittes, nicht noch Sachen unterscheiden wollen, die weder körperlich noch unkörperlich sind. Es müßte also hiernach unter diese Eintheilung jedes mögliche Rechtsobject fallen, da nach §. 62 Sache identisch seyn soll mit Rechtsobject. Nun sind aber Handlungen offenbar auch Rechtsobjecte, namentlich sind sie der unmittelbare Gegenstand der Forderungenrechte, sind also nach dem Entwurfe Sachen und fallen durchaus unter den Begriff, den der §. 62 von Sachen aufstellt. Aber unter welche Kategorie von Sachen sollen nun nach §. 65 die Handlungen fallen? Nach der Weise, wie die

Definitionen des §. 65 lauten, kann man sie nicht zu den unkörperlichen Sachen zählen, weil sie keine Rechte sind; sollen sie hiernach zu den körperlichen Sachen gehören?

Dieses konnte der Entwurf unmöglich wollen, und es war wohl der Zweck einer der S. 25 angeführten Berichtigungen, eine solche Auffassung auszuschließen; denn in diesen Berichtigungen wird nun bemerkt, daß in §. 65 hinter dem Worte man einzuschalten sey das Wort auch. Sonach sagt der §. 65: „körper„liche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen. Unter „unkörperlichen Sachen versteht man **auch** Rechte." Allein diese Berichtigung ist doch wohl nicht genügend, führt auf neue Zweifel, und bei ihr weiß man nun gar nicht, was dieser zweite Satz des §. 65 irgendwie soll, vollends in einem Gesetzbuche. „Unter unkör„perlichen Sachen versteht man auch Rechte"— heißt dies überhaupt alle und jede Rechte werden unter Anderem unter unkörperlichen Sachen verstanden? oder heißt es blos, gewisse Rechte sind unkörperliche Sachen? Letzteres ist wohl nicht gemeint. Es soll wohl damit gesagt seyn: man versteht darunter unter anderen Dingen auch alle und jede Rechte. Allein abgesehen davon, daß damit die Weise, wie der Entwurf das Eigenthumsrecht behandelt, nicht vereinbar ist (s. oben): so will doch wohl der §. 65 bestimmen, was man unter körperlichen und was man unter unkörperlichen Sachen zu verstehen habe. Statt aber eine Definition der unkörperlichen Sachen zu geben, gibt er nun nach dieser Berichtigung blos ein Beispiel derselben: es seyen unter denselben **auch** Rechte begriffen. Was soll ein solches Beispiel heißen? — Jedenfalls müssen wir uns nun streng an die Definition der körperlichen Sachen halten, um nach ihr zu erfahren und bestimmen zu können, was nach dem Entwurfe unkörperliche Sachen seyn sollen, somit annehmen, daß Das, was unter jene Definition nicht fällt, eine unkörperliche Sache ist. Dadurch kommen wir aber gerade in Beziehung auf Handlungen auf ein ganz eigenes Resultat. Wir müssen nämlich nach dem eben Gesagten annehmen, daß alle Sachen, welche in die Sinne nicht fallen, unkörperliche Sachen seyn sollen, weil nach dem Entwurfe nur diejenigen Sachen körperlich sind, „welche in die Sinne „fallen." Wie ist aber dieses zu nehmen? Ist es collectiv zu nehmen, d. h. sind nur die Sachen, welche in sämmtliche Sinne fallen, körperliche? Dies kann doch wohl nicht gemeint seyn, indem es eine Menge Körper gibt, welche nicht für sämmtliche

Sinne percipirbar sind, und der Entwurf diese doch wohl nicht von den körperlichen Sachen ausschließen wollte. Soll aber eine körperliche Sache eine solche seyn, die in irgend einen Sinn fällt, also eine unkörperliche Sache, die in gar keinen Sinn fällt? Dann würden ja auch Handlungen — körperliche Sachen seyn! So führt daher der Sachbegriff des Entwurfes in ein wahres Labyrinth.

Auch in anderen Beziehungen bleibt der Entwurf seinem Begriffe von Sache gar nicht getreu. Ich will nur einige Beispiele anführen. In §. 747 spricht der Entwurf von „fremden Sachen oder Handlungen." Ebenso setzt er in §. 648 die Sachen entgegen den Handlungen (vergl. oben S. 153). Hiernach wären also die Handlungen keine Sachen? An sich ist dies ganz richtig, wenn man vom richtigen Begriffe der Sache ausgeht. Aber wie ist dies mit dem Begriffe von Sache, den der Entwurf annimmt, zu vereinigen? Sind denn Handlungen nicht „Gegen„stand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit"?

Ferner: in §. 863 heißt es: „Nicht nur für die Erfüllung „einer Verbindlichkeit, deren Gegenstand Summen **oder** Sachen „sind, sondern auch für erlaubte Handlungen und Unter„lassungen findet Bürgschaft Statt" u. s. w. Hiernach würden wieder die Handlungen nicht Sachen seyn, ja sogar Summen (unter welchen man doch wohl nichts Anderes versteht, als einen gewissen Inbegriff von körperlichen Dingen) würden nach dieser Stelle nicht zu den Sachen gehören.

Ferner: der §. 1033 sagt: „Ein Vertrag, wodurch Jemand „unentgeltlich dem Anderen eine Sache zusagt oder eine Ver„bindlichkeit erläßt, heißt eine Schenkung." Der Jurist und Nichtjurist, welcher diese Definition im Sinne des Entwurfes richtig auffassen und wissen will, was nach dem Entwurfe eine Schenkung seyn soll, muß vor Allem sich darüber orientiren, was der Entwurf unter Sache versteht; denn es soll ja nach dem Entwurfe die unentgeltliche Zusage einer Sache eine Schenkung seyn. Nun sagt aber der §. 62, daß „Alles, was Gegenstand „eines Rechts oder einer Verbindlichkeit seyn kann", im rechtlichen Sinne, also im Sinne des Entwurfes eine Sache ist. Hiernach ist dem Entwurfe zufolge die Schenkung ein Vertrag, wodurch Jemand unentgeltlich dem Anderen Etwas zusagt, was — Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit

seyn kann, namentlich also ihm eine Handlung zusagt, da Handlungen offenbar mögliche Gegenstände von Rechten oder Verbindlichkeiten sind. Also — jede unentgeltliche Zusage einer Handlung soll eine Schenkung seyn? Dieses wollte der Entwurf gewiß nicht bestimmen. Aber wenn er es nicht bestimmen wollte, so ist entweder sein Begriff von Sache unrichtig oder ist seine Definition von Schenkung unrichtig, ganz abgesehen davon, daß, wenn man auch von dem richtigen Begriffe von Sache ausgehen würde, doch in der Definition des §. 1033 ein wesentliches Moment der Schenkung gar nicht ausgedrückt ist.

Der weite Sinn, in welchem der Entwurf die Sache nimmt, seine Identificirung der Sachen mit den Dingen, mußte den Entwurf auch dahin führen, dem Begriff von Sachenrecht nicht die gehörige Begrenzung zu geben, sondern unter den Sachenrechten sämmtliche Vermögensrechte zu begreifen, die dinglichen und die persönlichen Rechte, und sich daher der, wie ich glaube, ungeeigneten und auch sehr schwerfälligen und lästigen Terminologie zu bedienen, die dinglichen Rechte durch dingliche Sachenrechte, die persönlichen Rechte durch persönliche Sachenrechte zu bezeichnen (§. 102).

Allein auch hier bleibt er seiner Unterscheidung nicht getreu. Der zweite Theil des Entwurfes hat die Rubrik: „Das Sachen„recht". Nach dem Begriffe von Sachenrecht, von welchem die §§. 101 u. 102 ausgehen, würde diese Rubrik bezeichnen: das dingliche und das persönliche Sachenrecht. Es müßte also der zweite Theil von den dinglichen und von den persönlichen Rechten handeln. Allein er handelt unter jener Rubrik blos von den dinglichen Rechten (und nicht einmal von allen dinglichen Rechten), und als Gegensatz zu dem „Sachenrecht" des zweiten Theiles finden wir an der Spitze des dritten Theiles die Rubrik: „das Recht der Forderungen". Nach diesen Rubriken also begreift der Entwurf das Recht der Forderungen nicht unter dem Sachenrechte. Wie ist Dieses mit §. 102 zu vereinigen?

Gehen wir weiter und analysiren wir die Begriffe von dinglichem und von persönlichem Recht, welche der Entwurf in §. 102 gibt: so möchten auch sie ähnlichen Ausstellungen Raum geben.

Der Entwurf sagt im §. 102: „Rechte, welche unmittel„bar auf eine Sache gehen und daher gegen jeden, der die

„Sache inne hat oder den Berechtigten in der Ausübung seines „Rechts an der Sache stört, Gültigkeit haben, heißen dingliche „Sachenrechte. Persönliche Sachenrechte heißen die Rechte, welche „nur gegen eine bestimmte, aus einem besonderen Grunde ver„pflichtete Person gelten."

Bei dem Begriffe, welchen dieser § von dinglichen Rechten gibt, stößt man zunächst wieder auf die Verwickelungen, in welche der weite Begriff von Sache, zu dem der Entwurf sich bekennt, führen muß. Soll jedes Recht, welches unmittelbar auf eine Sache des Entwurfes geht, ein dingliches Recht seyn? — Wenn man aber hiervon auch ganz absieht: so fällt der Entwurf bei seiner Definition von dinglichem und persönlichem Recht in einen Verstoß, welcher sich allerdings auch bei vielen Civilisten findet, der aber in einem Gesetzbuche von besonders bedenklicher Bedeutung wird. Definitionen in einem Gesetzbuche enthalten gesetzliche Bestimmungen, die auf den ganzen Kreis, der durch die Definition umfaßt wird, anzuwenden sind, und wenn ein Gesetzbuch durch eine Definition den Inhalt und den Grad der Wirksamkeit eines Rechts ohne alle Beschränkung bestimmt: so muß man annehmen, daß nach dem Willen des Gesetzes einem solchen Rechte durchaus dieser Inhalt und diese Wirkung zuzuschreiben sey und gerade in diesem Inhalte und in diesem Grade der Wirksamkeit das Wesen des definirten Rechts liege. Nach §. 102 nun ist ein dingliches Recht ein solches, das „gegen Jeden, der die Sache inne hat oder den Berechtigten in der Aus„übung seines Rechts an der Sache stört, Gültigkeit hat", also gegen Jeden, der die Sache inne hat u. s. w. geltend gemacht oder verfolgt werden kann. Liegt denn aber wirklich das Wesen eines dinglichen Rechts in der Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten, wie es hiernach der Entwurf annimmt und gesetzlich festsetzen will? Der wesentliche Charakter des dinglichen Rechts, die Dinglichkeit eines Rechts besteht darin, daß durch dasselbe dem rechtlichen Willen einer Person eine Sache unmittelbar unterworfen wird, und man daher das Recht unmittelbar gegen die Sache selbst ausübt, es somit besteht und ausgeübt werden kann ohne alle Vermittelung durch eine dritte Person. Aus diesem Wesen des dinglichen Rechts folgt allerdings als Regel und als das im Zweifel Geltende, daß man dieses unmittelbare Gewaltverhältniß gegen jeden Dritten gelten machen kann; aber diese Folge

ist keineswegs ein wesentliches Attribut des dinglichen Rechts, sondern blos eine gewöhnliche regelmäßige Folge aus seiner allgemeinen Natur; denn es läßt sich gar wohl und unbeschadet der dinglichen d. h. die Sache selbst unmittelbar ergreifenden Natur des dinglichen Rechts denken, daß ein solches Recht, wenn sein Gegenstand in die Hände Dritter kommt, nicht gegen jeden dritten Inhaber der Sache verfolgt werden kann. Dies erkennt das Römische Recht und ebenso das Deutsche Recht an.

Setzt man aber das Wesen eines dinglichen Rechts in die Verfolgbarkeit gegen jeden Dritten, oder zieht man, wie es der Entwurf thut, aus dem Umstande, daß ein Recht „unmittelbar „auf eine Sache geht", als nothwendige Consequenz, daß es gegen Jeden, der die Sache inne hat u. s. w. Gültigkeit habe: so müßte man einem Rechte, dem diese ausgedehnte Gültigkeit nicht zukommt, den Charakter der Dinglichkeit absprechen. Man würde hiernach auf das Resultat kommen, daß nach dem Entwurfe z. B. das Eigenthum und das Pfandrecht keine dinglichen Rechte sind. Denn das Eigenthumsrecht ist nach dem Entwurfe nicht immer gegen jeden Dritten verfolgbar, wie der §. 349 beweist (oben Not. 39 a. E.), und auch beim Pfandrechte ist die Verfolgbarkeit gegen Dritte eine beschränkte, wenn diese z. B. ein besseres Pfandrecht an der Sache haben. Mit Recht zählt aber doch der Entwurf diese Rechte zu den dinglichen Rechten; allein dann muß er seine Definition in §. 102 anders fassen.

Ebenso ist es mit der Definition des persönlichen Rechts. Wie dem dinglichen Rechte der absolute Charakter nur regelmäßig, nicht aber wesentlich und unbedingt zukommt, so ist mit dem persönlichen Rechte der beschränkte oder relative Charakter nicht stets und wesentlich, sondern nur regelmäßig verbunden; denn es kann bei gewissen persönlichen Rechtsverhältnissen dem obligatorischen Grunde eine solche Ausdehnung und allgemeine Beziehung gegeben werden, daß durch ihn jede Person, welche den geschuldeten Gegenstand in die Hand bekommt, ergriffen und dadurch das entsprechende persönliche Recht ein unbeschränkt wirkendes wird, ohne aber dadurch aufzuhören, ein persönliches Recht zu seyn. Es ist daher wohl zu weit gegangen, wenn der Entwurf die persönlichen Rechte beschränkt auf Rechte, „welche „nur gegen eine bestimmte Person gelten", und es würde sich diese Definition wieder aus dem Entwurfe selbst widerlegen

lassen. So setzt z. B. der §. 301 ein persönliches Recht auf Wiederabtretung eines Grundstücks fest und bestimmt, daß der Berechtigte diese Abtretung „auch von jedem dritten Besitzer ver„langen" könne. Er erkennt also ein persönliches Recht mit absolutem Charakter, mit einer s. g. actio in rem scripta an.

Aehnliche Bedenken würden sich auch gegen die Definitionen der einzelnen dinglichen Rechte erheben lassen. Ich will in dieser Beziehung nur einige Punkte herausheben.

Die Servituten definirt der Entwurf in §. 504 dahin: „Das Recht der Dienstbarkeit (Servitut, Dienstbarkeit) ist ein „dingliches Recht, vermöge dessen der Eigenthümer in Rücksicht „seiner Sache zum Vortheile des Berechtigten Etwas zu dulden „oder zu unterlassen verbunden ist."

In dieser Definition ist gerade das Wesen der Servitut, das Moment, wodurch sie sich von allen andern jura in re wesentlich unterscheidet, ihr Gebundenseyn an eine Person oder an eine Sache, ganz übergangen. Die Definition des §. 504 paßt so gut auf das Pfandrecht, wie auf die Servitut; denn auch das Pfandrecht ist ein Recht, „vermöge dessen der Eigenthümer in Rücksicht „seiner Sache zum Vortheile des Berechtigten Etwas zu dulden verbunden ist," d. h. er ist verbunden zu dulden, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Sache zum Verkaufe bringt, um sich aus deren Erlös zu befriedigen.[95]

Das Pfandrecht wird in §. 434 dahin definirt: „Pfand„recht ist das einem Gläubiger wegen einer Forderung an einer „fremden Sache eingeräumte dingliche Recht, aus derselben die „Tilgung der Forderung zu erlangen. Die Sache, woran dem „Gläubiger dieses Recht zusteht, heißt Pfand." Nach dieser Definition ist das Pfandrecht ein dingliches Recht, also in allen

---

95) Von den Realservituten ist, was ich hier nur beiläufig erwähnen will, in §. 506 gesagt: „Es können Dienstbarkeiten, welche ihrer Natur nach „dingliche sind, vermöge einer Willenserklärung blos persönliche seyn." Hier möchte man doch fragen: welche Dienstbarkeiten sind „ihrer Natur nach dingliche"? Die Motive erklären dies dahin: „welche ihrem Zwecke nach prä„sumtive Realgerechtigkeiten sind"; allein solche Servituten, welche gewöhnlich als Realservituten bestellt werden und von denen daher im Zweifel anzunehmen ist, daß sie wirklich als Realservituten bestellt werden wollten, sind doch nicht „ihrer Natur nach" Realservituten.

Fällen ein dingliches Recht. Wie ist es aber, wenn, was ja nach dem Entwurfe auch zulässig ist, an einer Forderung ein Pfandrecht eingeräumt wird? kann an einer Forderung, der Natur des dinglichen Rechts nach und selbst nach dem Begriffe des §. 102, ein dingliches Recht bestehen, kann eine blose Forderung Gegenstand eines dinglichen Rechts seyn? Müßte man nicht bei solchen Bestimmungen eines Gesetzes mit Gajus erklären, daß, wenn es sich von Begriffen handelt, selbst die große Macht der Gesetzgebung gewisse Schranken hat, über die sie sich vergeblich wegsetzen würde?

Im §. 1690 wird gesagt: „Das Recht, einen Nachlaß oder „einen Bruchtheil desselben sich zuzueignen, wird Erbrecht „genannt. Es ist ein dingliches Recht."

Hier wird man wohl weder mit der Definition noch mit dem Prädicate, welches dem definirten Rechte gegeben wird, einverstanden seyn können. Ist denn das Erbrecht ein Recht, einen Nachlaß sich zuzueignen, also ihn geradezu zu occupiren? Es gibt ja, wenn wirklich Jemand zu einer Erbschaft durch einen gesetzlich zulässigen Grund berufen wird, dieses Erbrecht nur ein Recht, die Erbschaft anzutreten und durch diesen Antritt zu erwerben; eine Erbschaft antreten und dadurch erwerben heißt aber nicht, sie sich zueignen. Dies wird wohl der Entwurf selbst nicht in Abrede ziehen können. Oder soll im §. 1690 unter Zueignung und dem Rechte, sich einen Gegenstand zuzueignen, etwas ganz Anderes zu verstehen seyn, als die §§. 304 f. und 272 unter Zueignung verstehen?

Was aber das Prädicat betrifft, welches der §. 1690 dem von ihm definirten Rechte gibt: so ist doch wohl nicht einzusehen, wie das Recht, eine Erbschaft zu erwerben, ein dingliches Recht seyn soll. Kann man denn die Befugniß, einen Gegenstand zu erwerben, sollte auch derselbe zu den möglichen Gegenständen dinglicher Rechte gehören, kann man eine solche Erwerbsbefugniß ein dingliches Recht nennen? Ist hier nicht die wirkliche unmittelbare rechtliche Herrschaft über die Sache (das dingliche Recht) verwechselt mit dem zur Erwerbung dieses Rechts führenden und berechtigenden Momente? Wenn das Recht, eine Erbschaft zu erwerben, ein dingliches Recht seyn würde: so müßte man auch das Recht, durch Zuwachs Eigenthum zu erwerben, ferner das Recht, eine herrenlose Sache zu occupiren,

ein dingliches Recht nennen. Das Recht, eine Erbschaft zu erwerben, ist seinem Hauptcharakter nach ein Personenrecht. Oder hatte der §. **1690** das Recht an der erworbenen Erbschaft im Auge? wollte er dieses Recht ein dingliches Recht nennen, wie dies allerdings sehr häufig geschieht? Allein auch dagegen würde sich Manches erinnern lassen[96], und jedenfalls müßte dann die Definition des Rechts, welches der § ein dingliches nennen will, ganz anders gefaßt werden.

In Beziehung auf Sachen will ich nur noch einen Punkt, der sich auch auf die Begriffsfrage bezieht, berühren. Der Entwurf geht bei der Eintheilung der Sachen auch in die Eintheilung in verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen ein. Allein es wird mehr als schwer seyn, nach ihm mit Sicherheit zu entscheiden, welche Sachen unter die Kategorie der verbrauchbaren, welche unter die der unverbrauchbaren fallen.

Es gibt gewisse bewegliche Sachen, welche sich dadurch von anderen Mobilien wesentlich unterscheiden, daß sie durch den in ihrer Bestimmung liegenden einmaligen Gebrauch in ihrer Art vernichtet oder aufgezehrt werden, wie z. B. Alles, was zum Essen oder Trinken bestimmt ist, ferner Brennholz und dergl., auch Geld, weil es als solches lediglich zum Veräußern bestimmt ist, für den Weggebenden aber das Veräußern einer Sache ein Verzehren derselben ist. Solche Sachen sind verbrauchbare oder verzehrbare, oder, wie die Römer sie bezeichnen, res, quae usu consumuntur vel minuuntur. Freilich bestimmen Viele den Begriff der verbrauchbaren Sachen in einer sehr ungenauen Weise, nämlich so, daß dabei die blose Abnützbarkeit nicht gehörig getrennt wird von der Verbrauchbarkeit. Daß nämlich eine Sache durch den Gebrauch allmählig abgenützt wird, das allein kann sie noch nicht in die Kategorie der verbrauchbaren setzen; denn sonst würden beinahe alle bewegliche Sachen, ja es würden sogar auch Häuser in die Kategorie der verbrauchbaren Sachen fallen, weil bei sehr langem Gebrauche beinahe jede Sache der Abnützung unterworfen ist. Auch der blose Grad der Abnützbarkeit kann nicht über den Begriff entscheiden; denn wollte man es auf diesen Grad ankommen lassen, wo sollte dann die Grenze gesetzt werden? (jedenfalls müßte daher

---

96) Vergl. mein Handbuch d. Württ. Privatr. II S. 301.

ein Gesetz diesen Grad näher bestimmen, wenn es von ihm den Begriff der Verbrauchbarkeit abhängig machen wollte). Hiernach sind namentlich Sessel, Sophas, Vorhänge, Kleider, Fußteppiche und dergl. zwar abnützbare, aber sie sind nicht verbrauchbare Sachen, eben weil sie durch den ordnungsmäßigen einmaligen Gebrauch nicht aufgezehrt oder vernichtet werden.

Liest man, was der Entwurf im §. 69 über verbrauchbare Sachen sagt: so sollte man meinen, er stimme mit dem eben Ausgeführten überein. Denn der §. 69 sagt: „Sachen, welche „ohne Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen „Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare, die von entgegen„gesetzter Beschaffenheit aber unverbrauchbare Sachen."

Freilich ist der Begriff der verbrauchbaren Sachen hier nicht scharf gegeben; aber Das, was der §. 69 sagt, ist, wenn man diesen § blos für sich ins Auge faßt, doch wohl nicht anders auszulegen, als in dem vorhin ausgeführten Sinne. Blos abnützbare Sachen, wie z. B. Kleider, Fußteppiche, Sophas und Gardinen, kann man nach dem Begriffe, den der §. 69 gibt, nicht zu den verbrauchbaren Sachen zählen, da man von ihnen nicht sagen kann, daß sie „ohne Zerstörung oder Verzehrung den gewöhn„lichen Nutzen nicht geben", indem ja z. B. ein Kleid Monate lang, manches Kleid, wie z. B. ein Pelz und ein Mantel, Jahre lang sogar ohne sichtbare Abnützung gebraucht werden kann, jedenfalls es Jahre lang den gewöhnlichen Nutzen ohne Zerstörung oder Verzehrung gewährt d. h. die Zerstörung oder Verzehrung nicht eine nothwendige Folge oder Bedingung der gewöhnlichen Benützung ist.

Wenn man aber die vom uneigentlichen Nießbrauche[97] han-

---

97) Der Entwurf bezeichnet Das, was man unter uneigentlichem oder Quasi-Nießbrauch versteht, nicht auf diese Weise, sondern behandelt diesen Fall lediglich als eine „besondere Art des Nießbrauchs". Allein auch Dieses möchte mit seiner Weise, die Begriffe zu construiren, zusammenhängen, und ich will darüber nur Folgendes bemerken: Der Entwurf definirt im §. 534 den Nießbrauch dahin: „Der Nießbrauch ist das Recht, alle Nutzungen einer frem„den Sache zu ziehen." Gegen diese Definition könnte man, wenn man streng seyn wollte, noch manches Andere einwenden; aber jedenfalls kann man unter den besonderen Arten dieses eben definirten Rechts, also unter der Rubrik „Bestimmungen über besondere Arten des Nießbrauchs" neben dem Nießbrauche an Thieren, an Bergwerksantheilen u. dergl. nicht auch einen „Nießbrauch an vertretbaren Sachen", somit auch an verzehrbaren Sachen

delnden §§ liest: so ergibt sich wohl, daß der §. 69 in einem ganz anderen Sinne zu nehmen ist. Allerdings führt es zu practisch ungeeigneten Resultaten, wenn man auf den Nießbrauch an Kleidern und dergleichen Gegenständen die Grundsätze vom wahren Nießbrauche anwendet; allein der Zweck, diese Resultate zu vermeiden, rechtfertigt es nicht, die Begriffe nach einem solchen Zwecke zu construiren, also darin die Hülfe zu suchen, daß man die Begriffe auf eine Weise bestimmt, die sich gar nicht vertheidigen läßt. Der einzig richtige Weg ist vielmehr, für solche Fälle eine Ausnahme von der rechtlichen Bestimmung zu machen, also festzusetzen, daß auf solche Fälle die Grundsätze über wahren Nießbrauch nicht in Anwendung gebracht werden sollen (wie es Justinian bei den Kleidern that), nicht aber wegen solcher Ausnahmen eine Verwirrung oder Unsicherheit in die Begriffe zu bringen und sich dadurch in Unauflöslichkeiten zu verwickeln. Der Entwurf scheint aber hier dem Beispiele Justinian's nicht zu folgen.

Nach dem Begriffe, welcher oben von verbrauchbaren Sachen gegeben wurde und von welchem auch der §. 69, wenn man ihn für sich betrachtet, auszugehen scheint, ist jede verbrauchbare Sache auch eine vertretbare (nur nicht umgekehrt, jede vertretbare Sache auch eine verbrauchbare), natürlich abgesehen von besonderen Dispositionen der Partheieen, von denen überhaupt bei dieser Erörterung ganz abzusehen ist. Was daher vom Nießbrauche an vertretbaren Sachen gilt, muß auch vom Nießbrauche an verbrauchbaren Sachen gelten. Allein diese Consequenz erkennt der Entwurf nicht an. Er unterscheidet beim s. g. Quasi-Nießbrauche in den §§. 554, 555 den Nießbrauch „an vertretbaren Sachen" und den Nießbrauch an „nicht vertretbaren, jedoch verbrauchbaren Sachen". Was sollen aber Sachen seyn, welche zwar verbrauchbar, aber nicht vertretbar sind? Die Motive lassen sich nicht genauer darüber ein; aber nach einer bei-

---

aufführen, indem ja der Entwurf unter Nutzungen einer Sache nur die Vortheile versteht, „die eine Sache ohne Aufhebung der Substanz ihrem Inha- „ber gewähren kann" (§. 96), der uneigentliche Nießbrauch an vertretbaren Sachen aber das Recht gibt, die Substanz zu verzehren und aufzuheben, also nicht blos in dem Rechte besteht, alle Nutzungen einer fremden Sache zu ziehen.

läufigen Bemerkung derselben zu §. 555[98] ist wohl anzunehmen, daß der Entwurf unter verbrauchbaren Sachen auch blos abnutzbare Sachen begreift.

---

98) Dieser § sagt: „Umfaßt der Nießbrauch ein ganzes Vermögen oder „einen aus ungleichartigen Gegenständen bestehenden Theil desselben und „befinden sich darunter solche zwar nicht vertretbare, jedoch verbrauchbare Sachen, welche der Nießbraucher nicht benutzen kann, so darf er, „wenn der Eigenthümer nach vorherigem Anerbieten sie nicht um den Taxwerth „annehmen will, dieselben öffentlich versteigern und es wird diesfalls der Be- „trag der Taxe oder der Erlös als Gegenstand des Nießbrauchs betrachtet."

Auch dieser § könnte noch zu anderen, als den im Texte berührten Bedenken Veranlassung geben. Was heißt denn eine Sache, „welche der Nießbraucher nicht benutzen kann"? Ist dies eine Sache, welche zu benutzen ihm physisch unmöglich ist? oder welche zu benutzen seine Verhältnisse nicht gut zulassen, wie etwa, wenn einem Manne der Nießbrauch an Frauenkleidern vermacht wird? oder welche zu benutzen ihm nicht convenirt, wie man z. B. Kleider, die ein Anderer schon getragen hat, oder Tabakspfeifen, die ein Anderer schon benutzt hat, nicht gern in Benutzung nehmen wird? Der § stützt sich auf einen richtigen Gedanken, hebt aber den wahren Gesichtspunkt gar nicht gehörig hervor, läßt namentlich die eine Seite, welche hier ein wesentliches Entscheidungsmoment ist, die Rücksicht auf den Eigenthümer, an welchen nach beendigtem Nießbrauche die Sache wieder zurückzugeben ist, ganz weg. Diese Rücksicht heben allerdings die Motive heraus, indem sie auf den Umstand aufmerksam machen, „daß sich in einem dem Nießbrauche unterliegenden Vermögen oft Sachen vor- „finden, welche entweder in Natur vom Nießbraucher gar nicht benutzt werden „können, oder, wenn dies der Fall ist, an den Eigenthümer in einem ab- „genutzten werthlosen Zustande zurückkommen." Allein durch diesen letzteren Gesichtspunkt wird der ganze Sinn und der Umfang der gesetzlichen Bestimmung mit bedingt, und daher genügt es nicht, ihn blos in den Motiven bemerklich zu machen und im Gesetze ganz zu übergehen. Außerdem möchte man noch fragen, ob es sich denn wohl rechtfertigt, daß der §. 555 seine Bestimmung abhängig macht von der Ungleichartigkeit der Gegenstände des Nießbrauchs. Es gibt Personen, die sich einen unmäßigen Vorrath von Kleidern anschaffen, und wenn nun eine solche Person mir den Nießbrauch an ihrem Kleidervorrathe vermacht, warum soll denn nun die Bestimmung des §. 555 nicht Platz greifen? und wenn sie mir nicht blos den Nießbrauch an ihren Kleidern, sondern noch dazu den Nießbrauch an ihren Fußteppichen und Pfeifen vermachen würde, soll nun die Bestimmung des §. 555 eintreten, weil nun „das Vermächtniß aus ungleichartigen Gegenständen" besteht? Würde sich eine verschiedene Behandlung solcher Fälle irgend durch die Ungleichartigkeit der Gegenstände motiviren lassen? oder ist unter einem „aus ungleichartigen Gegenständen be- „stehenden Theile" eines ganzen Vermögens blos ein aliquoter Theil desselben zu verstehen? Im letzteren Falle aber werden die Gegenstände stets ungleichartig seyn; es würde also dieses Moment dann überflüssig seyn, jedenfalls aber auch in ihm nicht ein Entscheidungsmoment bilden können.

Allein wenn er dies wollte, dann mußte er jedenfalls, von Anderem abgesehen, einen ganz anderen Begriff von verbrauchbaren Sachen geben, als ihn der §. 69 gibt; denn wo soll man nun hier die Grenze zwischen dem Abnutzbaren und Unabnutzbaren, also zwischen dem Verbrauchbaren in diesem Sinne des Entwurfes und dem Unverbrauchbaren setzen? Ist ein Sopha, ein gepolsterter Sessel, ein Korb u. dergl. verbrauchbar, weil er der Abnützung unterworfen ist? ist es ein Domino oder ein Mantel, den Mancher ein Menschenalter hindurch gebraucht, oder ein Messer, dessen Klinge bei einem dreißigjährigen starken Gebrauche beinahe aufgezehrt seyn wird? Allerdings mag sich eine besondere Bestimmung für Sachen, welche bei ordnungsmäßigem Gebrauche einer Abnützung besonders unterworfen sind, rechtfertigen lassen; nur sollte man solche Sachen nicht unter die verbrauchbaren zählen, sondern sie als eine besondere, näher zu bestimmende Klasse von nicht verbrauchbaren Sachen behandeln.

In dem Abschnitte von den Sachen spricht der Entwurf noch von einer wichtigen Klasse von Sachen, von Zuwachs und von Zubehörungen. Aber auch hier möchte in der Construction der Begriffe Wesentliches auszusetzen und die Weise, wie der Entwurf diesen Gegenstand behandelt, nicht zu billigen seyn. Freilich hat er an manchen Civilisten Vorgänger, auf die er sich hier berufen könnte, aber doch wohl nicht berufen sollte, Vorgänger, welche gleich ihm den Zuwachs (die Accession im e. S.) völlig amalgamiren mit den wesentlich davon verschiedenen Zubehörungen (den Pertinenzen) einer Sache. Ein solches Amalgamiren fällt aber nicht unsrem bestehenden Rechte zur Last. Dieses ist hier auf den Grund der Entwickelung, die wir den Römischen Juristen danken, scharf und genau in seinen Begriffen, consequent in ihrer Anwendung und Durchführung, treffend in Auffassung der wahren Natur der Verhältnisse und in dem gehörigen Auseinanderhalten des durch verschiedene juristische Natur innerlich Geschiedenen. Die Accession im eigentlichen, engeren Sinne (der Zuwachs) ist eine solche Nebensache, welche einen wirklichen Bestandtheil der Hauptsache selbst bildet, mit ihr ein physisch Verbundenes ausmacht, als wahrer, physischer Zuwachs zur Hauptsache erscheint und durch diese Verbindung mit dem Ganzen ihre Selbstständigkeit verliert und in ihm aufgeht, weil sie mit ihm einen Körper bildet. Solche Nebensachen stehen

durchaus unter den Rechtsverhältnissen der Hauptsache; wem die Hauptsache gehört, gehören auch solche Bestandtheile; deßhalb erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache, wenn mit ihr eine andere Sache in dieser Weise als Nebensache in Verbindung kommt, durch diese Verbindung von selbst und nothwendig das Eigenthum dieses Nebentheils. Von diesen Grundsätzen (accessio cedit principali) gibt es meines Wissens im bestehenden Rechte keine Ausnahme, weil eine Ausnahme mit der Rechtsconsequenz nicht vereinbar wäre; die Härten aber, auf welche er für den gewesenen Eigenthümer der Nebensache führen könnte, sind in gehöriger Weise durch verschiedene, dem Letzteren eingeräumte Rechtsmittel beseitigt, soweit überhaupt eine solche Beseitigung rechtlich zulässig ist. Wesentlich verschieden von diesen Accessionen im eigentlichen Sinne oder von diesem Zuwachs sind die Pertinenzen oder Zugehörungen einer Sache. Es sind dies einzelne (d. h. besondere, von anderen physisch getrennte) Sachen, die aber zu einer anderen Sache, mit der sie physisch nicht zu einem Ganzen verbunden sind, in einer solchen Beziehung stehen, daß sie als zu dieser Sache gehörig behandelt werden und daher in der Regel in Verfügungen über diese Sache als mit begriffen gelten, ohne aber einen Bestandtheil dieser Sache selbst zu bilden. Die rechtliche Bedeutung dieser Pertinenzeigenschaft einer Sache liegt blos darin, daß wenn Jemand seine Sache veräußert oder letztwillig über sie verfügt, solche Pertinenzen von selbst unter der Veräußerung oder Verfügung mit begriffen gelten, also Derjenige, welcher aus dem Rechtsgeschäfte ein Recht auf die Hauptsache bekommt, auch solche Pertinenzen derselben beanspruchen kann. Dagegen gilt bei diesen Pertinenzen nicht der beim Zuwachs geltende Grundsatz über Eigenthumserwerb. Z. B. ein Hausgarten, ferner die Pfähle, welche zu einem Weinberge verwendet wurden, der Schlüssel eines Kastens, die wegnehmbare Glasbedeckung eines Frühbeetes sind Pertinenzen des Hauses, des Weinberges, des Kastens, des Gartens, und wer die Hauptsache veräußert, ohne solcher Pertinenzen zu erwähnen, veräußert doch ebendamit auch diese Pertinenzen; aber wenn Jemand fremde Pfähle in seinem Weinberge verwendet oder einen fremden Schlüssel zu seinem Kasten gebraucht oder fremde Fenster auf sein Mistbeet legt: so erwirbt er dadurch keineswegs das Eigenthum an diesen Sachen, eben weil die Pertinenzen nicht ein Bestandtheil der Hauptsache

sind, nicht in ihr aufgehen. Aus demselben Grunde bleibt die bewegliche Pertinenz eines Grundstücks eine bewegliche Sache, während der an sich bewegliche Zuwachs eines Grundstücks mit zur unbeweglichen Sache wird. Ferner kann man in Folge ausdrücklicher Verabredung wohl das Ganze veräußern ohne die Pertinenzen und die Pertinenzen veräußern ohne die Hauptsache, und es ist bei Gegenständen, welche die Dienste einer Pertinenz leisten, ein getrenntes Eigenthum wohl möglich, so daß z. B. Jemand seine Pfähle oder seine Deckel u. dergl. dem Eigenthümer einer Hauptsache zum Gebrauche für dieselbe leihen oder vermiethen kann, ohne damit sein Eigenthum an seinen Sachen zu verlieren. Beim Zuwachs aber ist dies unmöglich; es kann nicht Jemand Eigenthümer eines Hauses seyn, während ein Anderer Eigenthümer des Bodens ist, auf dem es steht, oder Eigenthümer eines Baumes seyn, während ein Anderer Eigenthümer des Gartens ist, in dem er wurzelt; eben durch diese Unmöglichkeit wurde das Superficiarrecht begründet, welches seine guten Gründe hat und in Deutschland wohl weit häufiger vorkommt, als manche Civilisten meinen.

Vergleichen wir nun mit diesen Grundsätzen des bestehenden Rechts den Inhalt des Entwurfes.

Der §. 76 sagt unter der Rubrik „Von Zubehörungen im Allgemeinen" Folgendes: „Als Zubehörungen einer Sache sind, „außer ihren Bestandtheilen, anzusehen: 1. die mit ihr verbundenen dinglichen Rechte, 2. was ihr durch die Natur „allein oder durch andere Mitwirkung zugewachsen ist, „3. körperliche Sachen, welche zur Erreichung des Zwecks, welchen sie (die Hauptsache) hat, fortdauernd bestimmt und mit „ihr bereits in Verbindung gebracht sind." Der Entwurf faßt also unter Nr. 2. u. 3. Das, was ich oben Zuwachs, und Das, was ich Pertinenzen nannte, zusammen und zählt diese beiden Klassen von Sachen unter den „Zubehörungen" ohne weitere Unterscheidung oder besondere Bezeichnung auf, wirft also beide zusammen unter völlig gleiche Kategorie.

Untersuchen wir zunächst diese Art der Combination: so leidet es keinen Zweifel, daß der Entwurf unter Dem, was er unter Nr. 2. sagt, den Zuwachs versteht. Es leidet dies namentlich keinen Zweifel, wenn man noch den §. 85 vergleicht und den

§. 283, obwohl der §. 283 dem Begriffe von Zuwachs eine Beschränkung beifügt, welche auffallend erscheint. Der §. 283 sagt nämlich: „Zuwachs heißt Alles, was aus einer Sache entsteht „(Erzeugniß) oder zu derselben neu hinzukommt, ohne daß es „dem Eigenthümer von Jemand Anderem übergeben „worden ist. Der Zuwachs wird durch Natur, durch Kunst „oder durch beide zugleich bewirkt." [99] Welchen Sinn und welche Bedeutung soll diese Beschränkung des Begriffes des Zuwachses „ohne daß es dem Eigenthümer von Jemand Anderem übergeben „worden ist", wohl haben? Ist Das, was der Eigenthümer mit seiner Hauptsache so verbindet, daß eine Trennung ohne Zerstörung der Sache nicht möglich ist (§. 294), oder ist das Material, das er zu einem Gebäude auf seinem Grundstücke verwendet (§. 300), kein Zuwachs seiner Sache, wenn es ihm von einem Dritten übergeben worden ist? Freilich, wenn er es von dem Eigenthümer bekam, dann ist die Erwerbung dieses Gegenstandes keine Erwerbung durch Zuwachs, sondern durch Uebergabe, und dies soll wohl mit jenem Beisatze gemeint seyn, da der Begriff des Zuwachses unter der Rubrik: „Von der Erwer„bung des Eigenthums durch Zuwachs" steht. Allein wie rechtfertigt es sich, den **Begriff** des Zuwachses an sich nach einer solchen Beziehung, nach der Rücksicht auf den Eigenthumserwerb, zu bestimmen? und selbst wenn es sich, was aber gewiß nicht der Fall ist, rechtfertigen lassen würde: so müßte doch die Beschränkung ganz anders ausgedrückt werden. Denn wenn z. B. dem Eigenthümer eines Grundstücks von einem Dritten fremde Materialien (die diesem nicht gehören) übergeben werden und er sie in sein Haus verbaut: so erwirbt er sie lediglich dadurch, daß sie nun Zuwachs seines Grundstücks geworden sind, nach §. 300 ins Eigenthum; wir haben also in einem solchen Falle nach dem Entwurfe selbst eine Erwerbung des Eigenthums lediglich durch Zuwachs, obwohl die Sache „dem Eigenthümer von Jemand „Anderem übergeben worden ist." Hiernach läßt sich jene auffallende Beschränkung des Begriffes von Zuwachs keinenfalls rechtfertigen.

Der Grund des ungehörigen Zusammenwerfens des Zu-

99) Dieser § ist mit Ausnahme seiner kleinen Parenthese aus dem Oesterreichischen Gesetzbuche §. 404 genommen.

wachses mit den Pertinenzen liegt wohl in der Ansicht, daß auch die Pertinenzen Theile der Hauptsache seyen. Denn die Motive zu §. 76 sagen: „Im Ganzen mußte bei der Bestimmung der „Zubehörigkeit auf eine solche Verbindung mit der Hauptsache „und eine solche Beziehung zu derselben gesehen werden, wor„nach sie als Theile derselben zu betrachten sind, es mag „nun jene Verbindung oder Beziehung eine nothwendige oder „eine nützliche seyn, oder auch nur zur Annehmlichkeit gereichen.“

Allein wohin eine solche Vermischung des Verschiedenen, des Zuwachses und der Pertinenzen auch nur in Beziehung auf die Begriffe führt, dürfte schon der §. 85 zeigen. In diesem wird unter der Rubrik „Von Zubehörungen II im Besonderen 1) eines „Grundstücks“ gesagt: „Zu einem Grundstücke gehören insonder„heit die Oberfläche und was sich unter ihr befindet . . . . ferner „was die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt, wie auch die „auf dem Grundstücke befindlichen Gebäude und andere zu einem „fortwährenden Zwecke dienende Anlagen. Zu Teichen gehören „die darin befindlichen Fische.“ Hiernach sollen sämmtliche eben angeführte Bestandtheile eines Grundstücks, die Oberfläche und was auf, über und unter ihr ist, Zubehörungen des Grundstücks seyn und werden in gleiche Kategorie zum Grundstücke wie die Fische zum Teiche gestellt. — Muß nicht eine solche Bestimmung der Zubehörungen zu Begriffsverwirrung führen? Was bleibt denn noch von einem Grundstücke, von der Hauptsache, übrig bei einer solchen Aufzählung seiner Zubehörungen. Es werden hier die Zubehörungen einer Sache verwechselt mit Dem, was im weiteren Sinne zu einer Sache gehört, ein Ausdruck, mit dem man auch die wesentlichen Bestandtheile bezeichnet. Zu einem Degen z. B. gehört eine Klinge; aber Niemand wird sagen, die Klinge sey Zubehörung des Degens. Der Begriff der Zubehörungen setzt doch eine Hauptsache voraus, zu der sie sich als Zubehörung verhalten, und auch der §. 76 spricht von Zugehörungen einer Sache und der §. 85 in seiner Rubrik von Zubehörungen eines Grundstücks. Was ist denn aber bei einem Grundstücke die Hauptsache, wenn man die Oberfläche und Alles, was sich unter ihr befindet und was die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt u. s. w. vom Grundstücke abrechnet, wenn alles Dieses blos Zubehörungen seyn sollen? Es bleibt am Ende blos noch der freie Luftraum über dem Grund-

stücke übrig, welchen die Motive allerdings nicht zu den Zubehörungen des Grundstücks rechnen.[100]

Betrachten wir aber die rechtlichen Consequenzen dieses Vermischens des Zuwachses und der Pertinenzen: so wird es zu Grundsätzen führen, welche viel zu allgemein sind, eben weil sie sich gleichmäßig auf ganz Heterogenes beziehen sollen, und deßhalb werden diesen Grundsätzen Beschränkungen beigefügt werden müssen, welche aber, wenn auch sie sich gleichmäßig auf das Amalgamirte beziehen sollen, wieder zu allgemein sind und unmöglich consequent durchgeführt werden können. Daß Dieses beim Entwurfe wirklich so ging, beweisen namentlich die §§. 81 und 84.

Der §. 81 bestimmt über die Zubehörungen überhaupt Folgendes: „Das Zubehör ist wie ein Theil der Hauptsache „anzusehen. Daher erstreckt sich eine Verfügung über die „letztere mit auf das erstere und ein Recht an der Haupt„sache auch auf das Zubehör, selbst wenn dieses erst nach der „Entstehung des Rechts zur Hauptsache gekommen ist." Es soll also hiernach die Pertinenz gerade so als Theil der Hauptsache

100) Die Motive sagen nämlich: „Unter den einzelnen aufgeführten Zu„behörungen eines Grundstücks könnte man die Luftsäule vermissen, welche von „manchen Lehrern des gemeinen Rechts als solche bezeichnet wird. Allein ab„gesehen davon, daß ein solcher Satz im Römischen Rechte keineswegs aus„drücklich zu finden, sondern erst durch die Wissenschaft aus einzelnen Vorschriften „herausgedeutet worden ist, und mit anderen Annahmen rücksichtlich der Luft „im Widerspruche steht, so führt er auch in seinen Consequenzen zu Ungereimt„heiten und Lächerlichkeiten. Man hat daher diese unrichtige Theorie bei „Seite gelassen und das Interesse des Eigenthümers nur durch eine angemessene „Vorschrift in §. 354 gewahrt". Allein sollten nicht dieser Ausführung entschiedene Mißverständnisse zu Grunde liegen? Das Römische Recht behandelt nicht nur indirect den freien Raum über einem Grundstücke als zu diesem gehörig (z. B. l. 29 §. 1 ad l. Aq.), sondern sagt es ja auch geradezu (l. 22 §. 4 quod vi aut clam). Wenn ferner der Entwurf im §. 354 dem Eigenthümer des Bodens das Recht gibt, „zu verbieten, daß ein Anderer in dem darüber befindli„chen Luftraume Etwas unternehme, was der willkürlichen Verfügung oder Be„nutzung desselben hinderlich ist", wie soll ein solches Recht anders begründet werden können, als (wie es z. B. auch die Oesterreichischen Schriftsteller thun) dadurch, daß der Luftraum über einem Grundstücke noch zum Grundstücke gehört, und wie soll dieser Grundsatz „mit anderen Annahmen rücksichtlich der Luft im Widerspruche stehen"? Meinen damit die Motive, wie es scheint, den Satz des Römischen Rechts, daß die Luft eine res communis omnium sey? Dann würde ihrer Behauptung eine Verwechslung der Luft mit dem freien Raume über einem Grundstücke zu Grunde liegen!

angesehen werden, wie der Zuwachs, und deßhalb das Recht der Hauptsache nicht blos auf den Zuwachs, sondern auch auf die Pertinenzen sich erstrecken, und auch die Motive wiederholen Dieses, indem sie unter Berufung auf §. 80 und 81 sagen: „Was „von dem Ganzen gilt, muß auch von denjenigen Gegenständen „gelten, welche Theile desselben bilden." — Läßt sich aber Dieses wirklich auf eigentliche Pertinenzen anwenden, z. B. auf Vieh, Schiff und Geschirr eines Landguts, welches vom §. 88 in die Kategorie der Zubehörungen des Landguts gestellt wird? Kann man denn dieses Vieh, Schiff und Geschirr einen Theil des Grundstücks nennen, und kann man denn von solchen Pertinenzen, wie es der §. 81 thut, unbedingt sagen, daß ein Recht an der Hauptsache auch auf das Zubehör sich erstreckt? Hieraus würde ja, wenn man diesem Satze consequente Geltung geben wollte, folgen, daß, wer das Eigenthum des Grundstücks erwirbt, unbedingt auch Eigenthümer solcher Zubehörungen würde.

Einer solchen Consequenz sucht nun aber der §. 84 entgegenzutreten, indem er sagt: „Was nach Obigem ein Zubehör „seyn würde, hat diese Eigenschaft nicht, wenn es einem Anderen „als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört."

Durch diesen §, der übrigens verschiedene Deutungen zuläßt, wird nun gleich die Consequenz der §§. 76 und 81 gebrochen; was nach diesen §§ Zubehör seyn und worauf sich also das Recht der Hauptsache nach ihnen erstrecken würde, das soll nach §. 84 dann nicht Zubehör seyn, wenn es einem Anderen als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört, d. h. also wohl: wenn die Sache eines Dritten mit der Hauptsache eines Anderen in die Verbindung und in das Verhältniß eines Zubehörs gebracht wird: so soll jene Sache nicht die Eigenschaft eines Zubehörs haben.

Läßt sich nun aber eine solche Restriction in dieser Allgemeinheit irgend rechtfertigen?

Es sind hier zwei Seiten ins Auge zu fassen. Die eine ist: das Verhältniß des Eigenthümers der Hauptsache zum Rechte jenes Dritten; die andere aber, in welcher die Frage von der Zubehörung von besonderer Wichtigkeit ist, betrifft das Verhältniß zu einem Solchen, der etwa die Hauptsache anzusprechen hat, z. B. des Eigenthümers der Hauptsache zu Demjenigen, dem er in Folge eines Verkaufes die Hauptsache und eben damit auch ihre Zubehörungen zu leisten verbunden ist. Soll denn in die-

sem letzteren Verhältnisse, selbst wenn wir nur an eigentliche Pertinenzen denken, der Umstand, daß das Zubehör einem Dritten gehört, ihm die Eigenschaft eines Zubehörs entziehen? Man nehme nur einmal den Fall: ich kaufe Vieh, Pflug und Egge von einem Anderen, den ich für den Eigenthümer dieser Sachen halte, der es aber nicht ist, und gebe diesen gekauften Sachen die Bestimmung, zur Bewirthschaftung meines Gutes zu dienen. Sollen nun diese Sachen nicht nach §. 88 Zubehör meines Gutes geworden seyn, weil sie einem Dritten gehören? Soll also, wenn ich mein Gut an den X verkaufe, dieser Käufer, welcher durch den Kauf ein Recht auf Leistung des Gutes mit allen Pertinenzen erhält, jene Sachen nicht ansprechen können? und soll er sie, wenn ich sie ihm mit dem Gute übergab, mir, dem Verkäufer, zurückgeben müssen, wenn es sich findet, daß sie mir nicht gehörten? Nach den Worten des §. 84 müßte man alles Dieses bejahen; denn nach diesen Worten haben solche Sachen, obwohl sie nach §. 76 und 88 Zubehör seyn würden, doch diese Eigenschaft nicht, weil sie einem Anderen als dem Eigenthümer der Hauptsache gehörten.

Der Entwurf wird ein solches Resultat selbst nicht wollen. Auch geht dies aus den Motiven hervor, welche ihrem oben angeführten Satze, daß was von dem Ganzen gelte, auch von Theilen desselben gelten müsse, die Beschränkung unter Berufung auf §. 84 beifügen: „jedoch nur insoweit nicht Rechte Dritter entge„genstehen.“ Wir werden hiernach den §. 84 wesentlich zu beschränken, ihn blos auf das erste der genannten Verhältnisse, nicht aber auch auf das zweite zu beziehen haben, so daß also die Verneinung der Zubehörseigenschaft, welche der § für den Fall, „wenn es einem Anderen als dem Eigenthümer gehört,“ absolut ausspricht, wieder aufgehoben werden muß für alle Verhältnisse, welche diesen Eigenthümer nicht betreffen. Läßt sich aber dann in einem Gesetze eine Fassung rechtfertigen, wie der §. 84 sie dem Gedanken des Entwurfes gibt?

Allein wenn man auch in dieser Weise den §. 84 im Sinne der Motive aber ganz gegen seine Worte beschränkt: so bleibt er doch immer noch zu weit. Auch bei dieser Beschränkung ist seine Bestimmung, durch welche nach den Motiven die Rechte Dritter gewahrt werden sollen, für die eigentlichen Accessionen, den Zuwachs, zu weit und mit einer Reihe von §§, die von dem Eigen=

thumserwerb durch Zuwachs sprechen, nicht zu vereinigen. Liest man den §. 84: so müßte man meinen, daß dadurch der Erwerb einer fremden Sache durch Zuwachs ganz ausgeschlossen sey, weil nach demselben „was nach Obigem ein Zubehör seyn würde, „diese Eigenschaft (also auch die des Zuwachses) nicht hat, wenn „es einem Anderen als dem Eigenthümer der Hauptsache ge„hört." Wie ist nun aber Dieses zu vereinigen mit §. 294 a. E., mit §. 296 und 300? In diesen Fällen, z. B. wenn Jemand fremde Materialien in sein Grundstück verbaut, gehörte ja das Zubehör einem Anderen als dem Eigenthümer der Hauptsache und doch soll es nach den angeführten §§ diese Eigenschaft eines Zubehörs haben und behalten.

Irre ich nicht, so hat sich der Entwurf in seinen Bestimmungen über Zubehörungen an keinen der neueren Gesetzgebungsversuche ganz angeschlossen, auch nicht ganz an das Oesterreichische Gesetzbuch, welches übrigens ebenfalls wesentlich Verschiedenes vermischt. Zu wünschen wäre aber gewesen, daß er hier die Entwürfe der neueren Zeit mehr berücksichtigt hätte[101], namentlich den Hessischen Entwurf und besonders den von Bluntschli für Zürich gefertigten Entwurf, in welchem (§. 802 f.) gerade der Gegensatz des „Theiles" und der „Zube„hörde" einer Sache in beachtenswerther Weise durchgeführt ist.

Wie es übrigens, was mit der ganzen Frage über die Begriffsconstruction zusammenhängt, sich mit der principiellen Behandlung des Eigenthumserwerbes „durch Zuwachs" beim Entwurfe verhält, habe ich schon oben S. 86 f. 92 f. in einzelnen Beziehungen zu zeigen gesucht. Es dürfte aber wohl am Platze seyn, hier noch einen weiteren Beleg anzuführen, indem sich in demselben in sprechender Weise die Freiheit ausdrückt, mit welcher der Entwurf seine Begriffe und ihre Consequenzen und seine eigenen Principien behandelt.

Bei dem Eigenthumserwerb durch Zuwachs bleibt der Entwurf (wie ich vorhin bemerkte) in einigen Fällen bei dem Grundsatze des §. 81, daß ein Recht an der Hauptsache auch auf den Zuwachs sich erstrecke, indem er sich in solchen Fällen

101) Auch in anderen, als den eben herausgehobenen Beziehungen, namentlich in der näheren Bestimmung Dessen, was Pertinenz einer Liegenschaft seyn soll.

über die Beschränkung hinwegsetzt, die er in §. 84 diesem Grundsatze gibt; namentlich erkennt er die Consequenzen dieses Grundsatzes an beim Bauen. Er sagt in §. 300: „Wer zu einem „Gebäude auf seinem Grundstücke fremde Materialien verwendet, „erlangt dadurch das Eigenthum an denselben. Hat aber Je„mand mit eigenen oder fremden Materialien auf einem fremden „Grundstücke ein Gebäude errichtet, so fällt dieses dem Grund„eigenthümer zu."

Der §. 300 wendet hier also das Princip des bestehenden Rechts in seiner vollen Consequenz auf das Bauen an.[102] Wenn Jemand fremde Materialien, sey es in redlichem Glauben oder nicht, auf seinem Grund und Boden verbaut: so wird er unbedingt Eigenthümer des Gebauten, und wenn ein Dritter sein Material oder fremdes, in welchem Glauben oder Sinne es sey, auf fremdem Grund und Boden verbaut: so erwirbt der Eigenthümer des Bodens das Eigenthum des Materials. Die Motive sagen ausdrücklich, daß sie hier dem Beispiele des gemeinen Rechts gefolgt seyen[103], und sie fügen bei, es lasse „sich hierfür neben „baupolizeilichen Rücksichten, welche gegen das Wiedereinreißen „einmal aufgeführter Gebäude sprechen, auch das anziehen, daß „der Abbruch, welcher wegen Ablieferung des Materials geschehen „müßte, mit der späteren Wiederherstellung des ganzen Gebäudes „in vielen Fällen einen den Werth der Materialien weit überstei„genden Kostenaufwand verursachen würde."

Fragt man nun weiter, wie es in solchen Verhältnissen gehalten werden soll, wenn ein Gebäude absichtlich oder aus Versehen auf den Boden verschiedener Eigenthümer gebaut wird:

---

102) Namentlich erkennt hier der Entwurf das Princip, auf welches sich das Römische Superficiarrecht stützt, vollkommen an. Wenn Jemand sein Material auf fremdem Boden auch mit Bewilligung des Eigenthümers des Bodens verbaut: so fällt das Gebaute doch dem Bodeneigenthümer als Eigenthum zu, selbst dann, wenn die Parthieen verabredet haben sollten, daß das Gebaute dem Bauenden gehören soll. Nur fehlt freilich im Entwurfe ganz eine Vermittelung dieses strengen Princips durch ein Superficiarrecht, welche das gemeine Recht zu geben nicht unterlassen hat.

103) Es möchte dabei nur auszusetzen seyn, daß der Entwurf nicht auch in Betreff der Ersatzpflicht Dessen, der durch ein solches Bauen fremdes Eigenthum gewinnt, sich mehr an das bestehende Recht hielt; denn das, was er hierüber bestimmt, wird, wie ich schon früher berührte, keineswegs den Anforderungen des Rechts ganz entsprechen.

so wird doch wohl die Rechtsconsequenz und werden selbst die baupolizeilichen und anderen Rücksichten, von welchen hier die Motive, wie auch das gemeine Recht, ausgehen, zu der Entscheidung führen, daß auch ein solcher Fall nach denselben Principien zu behandeln sey, wie der Fall, wenn auf den Boden eines und desselben Eigenthümers gebaut wird, und meines Wissens gehen auch die Bearbeiter des bestehenden Rechts ohne Bedenken von der Bejahung dieser Frage aus, indem sie den genannten Fall nicht anders behandeln. Allein völlig anders entscheidet der Entwurf. Er bestimmt nämlich in §. 301 Folgendes: „Hat „Jemand ein Gebäude nur zum Theil auf fremdem Boden ge„baut, so muß er es, soweit es auf des Nachbars Boden steht, „wegreißen. Hat er aber in gutem Glauben oder mit Wissen „des Grundeigenthümers gebaut, so muß ihm der Boden gegen „Erstattung der Schäden abgetreten werden. Der Eigenthümer „ist jedoch, wenn später das Gebäude einstürzt oder niedergerissen „wird, binnen Jahresfrist berechtigt, gegen Rückzahlung der Ent„schädigungssumme, die Wiederabtretung des überlassenen Bo„dens, auch von jedem dritten Besitzer, zu verlangen."

Dieser § setzt uns im Gegensatze zu §. 300 auf einen, möchte ich sagen, völlig anderen principiellen Boden. Das rechtliche Princip und die polizeilichen Rücksichten, worauf die Entscheidung des §. 300 gebaut ist, verläßt der §. 301 völlig in einem wesentlich ganz gleichen Falle. Er setzt an die Stelle jenes Princips und jener Rücksichten ein ganz anderes Princip und ganz andere Rücksichten, und hierzu wird er, wie die Motive sagen, zunächst dadurch bestimmt, „damit die Regel des „§. 300 nicht zu der Unzuträglichkeit führe, daß bei einem „Baue über die Grenze hinaus das Gebäude theilweise in „fremde Hände gerathe." Allein wenn auch blos das Moment der „Unzuträglichkeit" hier entscheiden soll, ist denn, wird man wohl mit Recht fragen, die Unzuträglichkeit eines getheilten Eigenthums nicht eine weit geringere, als die Unzuträglichkeit, welche statt derselben im §. 301 als Ausweg festgesetzt ist, als die Unzuträglichkeit, daß bald der Bauende das Gebäude niederreißen, bald der Bodeneigenthümer sein Eigenthum am Boden durch die einseitige Handlung des Bauenden verlieren soll?

Unmöglich können durch das Vermeiden jener geringeren Unzuträglichkeit die letzteren nach allen Beziehungen weit größe-

ren Unzuträglichkeiten und das Verlassen der Rechtsconsequenz, wie sie der Entwurf selbst in §. 300 anerkennt, gerechtfertigt werden. Und wie führt der §. 301 seine singuläre Bestimmung durch?

Der § unterscheidet, „wenn Jemand ein Gebäude nur zum „Theil auf fremdem Boden gebaut" hat, folgende zwei Fälle:

1. Der Bauende baute zum Theil auf fremdem Boden mit dem Bewußtseyn, daß es fremder Boden ist, und ohne Vorwissen des Eigenthümers. In diesem Falle muß er nach §. 301 das Gebäude, soweit es auf dem fremden Boden steht, niederreißen. Die Motive führen für diese Entscheidung außer der genannten „Unzuträglichkeit", durch welche sie die Vorschrift des §. 301 überhaupt motiviren, noch einen besonderen Grund an; sie sagen, es spreche hier „die Regel für das „Niederreißen, weil Niemand durch seine unrechtmäßige „Handlung dem Anderen einen Verlust zuziehen soll." —

Diese Motivirung wird auf den ersten Anblick auffallen. Denn der Entwurf gibt selbst zu, daß dieser letztere Grundsatz bei dem Eigenthumserwerbe durch Zuwachs ein die Frage des Eigenthumserwerbes bestimmender nicht seyn könne (etwas Anderes ist die Ersatzfrage). Dies ergibt sich aus Dem, was er in §. 294 a. E. und §. 299 und was er namentlich über das Bauen im §. 300 bestimmt. Wenn aber, wird man fragen, dieser Grundsatz beim Bauen überhaupt (§. 300) nicht entscheidend ist, wie soll er bei theilweisem Bauen auf fremdem Boden entscheidend seyn und gar dahin führen, daß das Gebaute niedergerissen werden muß und dadurch dem Bodeneigenthümer entzogen wird? Allein der Entwurf mußte zu solchen Consequenzen geführt werden, weil er im §. 301 durch den Gedanken einer nothwendigen Vermeidung der Unzuträglichkeit, daß ein Gebäude theilweise in fremde Hände gerathe, sich zum Verlassen des Princips des §. 300 verleiten ließ. Denn wenn die Vermeidung dieser vermeintlichen Unzuträglichkeit das unbedingt Maaßgebende seyn soll, dann muß allerdings im Falle des §. 301, wenn der Bodeneigenthümer nicht seinen Boden verlieren soll, das Gebäude niedergerissen werden.

Aber läßt sich überhaupt jener Gedanke irgend rechtfertigen? Ist es denn eine nothwendig zu vermeidende Unzuträglichkeit, daß das Gebäude zum Theile in das Eigenthum eines Drit-

ten (und zwar noch dazu in ein bloses s. g. condominium pro diviso) kommt? Und für wen, in wessen Interesse will denn der Entwurf diese Unzuträglichkeit vermeiden? Im allgemeinen, polizeilichen Interesse? Dies kann unmöglich gemeint seyn. Oder im Interesse des Bodeneigenthümers? Auch dies ist wohl nicht gemeint; denn die Bestimmung des §. 301 würde doch eine ganz eigenthümliche Wahrung seines Interesses seyn; um ihm die „Unzuträglichkeit" des Eigenthums an einem Theile des Gebauten (das ihm nach §. 300 zufallen müßte) zu ersparen, soll ihm geradezu — dieses Eigenthum genommen werden, d. h. der Bauende das Gebaute niederreißen und die Materialien an sich nehmen. — Oder will der Entwurf im Interesse des wissentlich unbefugt Bauenden die Unzuträglichkeit vermeiden? Dies scheint der Gedanke des Entwurfes zu seyn, wenigstens nach der Weise, wie sich die Motive ausdrücken. Allein verdient dann der mala fide Bauende irgend eine besondere Rücksicht, vollends eine Rücksicht, durch welche das Gesetz sein eigenes Princip (§. 300) bricht? soll, um einem solchen Bauenden eine „Unzuträglichkeit" zu ersparen, der Bodeneigenthümer sein Eigenthum am Gebäude verlieren? Und wie steht es hier überhaupt mit der Consequenz? Soll eine solche principiell ganz verschiedene Behandlung der Fälle des §. 300 und des §. 301 von ein paar Ellen Boden abhängen? Denn wenn Jemand ein Gebäude auf fremdem Boden baut, aber so, daß es ganz auf fremdem Boden steht: so gehört das Gebäude dem Bodeneigenthümer nach §. 300, mag der Bauende in gutem Glauben gewesen seyn oder nicht; würde aber auch nur eine Elle des Gebäudes auf dem Boden des Bauenden stehen: so soll nach §. 301, wenn der Bauende nicht in gutem Glauben war, das ganze Gebäude, mit Ausnahme jener Elle, niedergerissen werden und der Bauende die Materialien wegnehmen.

2. Der zweite Fall, den der §. 301 unterscheidet, ist: wenn der Bauende in gutem Glauben oder mit Wissen des Bodeneigenthümers zum Theil auf fremdem Boden gebaut hat. Diesen Fall entscheidet der § in ganz anderer Weise, nach einem anderen Grundsatze, und so bekommen wir eigentlich drei verschiedene Principien, welche der Entwurf beim Bauen anwendet. Wird ganz auf fremdem Boden gebaut: so entscheidet der Grundsatz der Accession; der Eigenthümer der Hauptsache, des

Bodens, wird nach §. 300 unbedingt Eigenthümer des Gebauten. Wird theilweise auf fremdem Boden gebaut: so entscheidet zunächst der Gedanke, daß es eine Unzuträglichkeit sey, wenn das Gebäude theilweise in fremde Hände gerathe, und diese vermieden werden müsse; die Anwendung dieses Gedankens wird aber durch zwei ganz verschiedene Principien bestimmt. Wenn nämlich wissentlich und ohne Vorwissen des Bodeneigenthümers theilweise auf fremden Boden gebaut wurde: so wird der Grundsatz maaßgebend, daß Niemand durch seine unrechtmäßige Handlungsweise dem Anderen einen Verlust zuziehen soll, und deßhalb muß das Gebaute, soweit es auf fremdem Boden steht, niedergerissen werden (es wird also dem Bodeneigenthümer genommen); wenn aber in gutem Glauben oder mit Vorwissen des Bodeneigenthümers gebaut wurde, dann entscheidet nicht der Grundsatz, daß Niemand durch seine unrechtmäßige Handlungsweise dem Anderen einen Verlust zuziehen soll, sondern eine andere Rücksicht; dann sind, wie die Motive sagen, „der Billigkeit „halber zu Gunsten des im guten Glauben befindlichen Bau„herrn, oder wenn der Grundeigenthümer mit seinem oder seines „Bevollmächtigten Wissen bauen ließ, ohne rechtzeitig zu wider„sprechen, was meist in böser Absicht geschehen wird, Ausnah„men zu machen.“ Und diese Ausnahme besteht darin, daß das Princip der Accession, möchte ich sagen, umgekehrt wird, daß nun nicht die Nebensache der Hauptsache, sondern die Hauptsache der Nebensache folgen soll; es soll nun der Bauende das Eigenthum der Hauptsache, das Eigenthum des Bodens verlangen können. —

Ich erlaube mir hier, außer Dem, was schon von selbst in dem Gesagten liegt, nur auf folgende Punkte noch aufmerksam zu machen. Nach der zuletzt angeführten Bestimmung soll der Bodeneigenthümer, wenn mit seinem Wissen theilweise auf seinen Boden gebaut wurde, verbunden seyn, den Boden abzutreten. Wenn dieses ein Grundsatz der Billigkeit und Gerechtigkeit seyn sollte, würde sich dann damit die Bestimmung des §. 300 vereinigen lassen, nach welcher der Bodeneigenthümer, mit dessen Wissen ganz (nicht blos theilweise) auf seinem Boden gebaut wird, zu einer solchen Abtretung nicht verbunden ist? Ferner möchte man fragen: Wer ist bis zur Abtretung des Bodens, welche der Entwurf anordnet, Eigenthümer des auf dem fremden Boden stehenden Gebäudetheils? doch wohl der Eigenthümer des

Bodens. Es wird daher durch die Bestimmungen des Entwurfes wenigstens auf einige Zeit die Unzuträglichkeit eines solchen Eigenthums am Gebäudetheile nicht vermieden. Wenn nun aber dem Bodeneigenthümer aus milder Rücksicht auf den Bauenden geboten wird, seinen Boden und eben dadurch auch den darauf stehenden Gebäudetheil an den Bauenden abzutreten und auf diesen dadurch das Eigenthum zu übertragen, kann nicht diese Billigkeit nach Umständen und je nach dem Interesse, das dieser Boden für den Eigenthümer hat, die größte Unbilligkeit und Härte gegen diesen werden, namentlich wenn nicht mit seinem Wissen gebaut wurde? Und sollten nicht in solchen Fällen blose Billigkeitsrücksichten, die in der Regel nach der anderen Seite in Härten und Ungerechtigkeiten ausschlagen, Dem weichen, was dem Rechtsprincip entspricht? Ueberdies ist noch die Weise bedenklich, wie der Entwurf seine Billigkeitsrücksichten durchführt. Der Bauende, welcher durch Abtretung des Bodens Eigenthümer desselben geworden ist, soll, wenn später das Gebäude einstürzt oder niedergerissen wird, es soll in einem solchen Falle selbst jeder dritte Besitzer des Bodens gezwungen werden können, den Boden gegen Rückempfang der früher gezahlten Entschädigungssumme wieder an den früheren Eigenthümer abzutreten. Wie hart kann nun aber dies gegen den Bauenden — für den ja der Entwurf „aus Billigkeit" ganz besonders sorgen will — werden, jenachdem sich inzwischen die Verhältnisse etwa gestaltet haben. Wenn er z. B. eine Fabrik auf seinem Grund und Boden baute, aber dabei in gutem Glauben das Gebäude zu einem Viertel auf den Boden des abwesenden Nachbars setzte und ihm daher nach §. 301 gegen Erstattung der Schäden dieser Boden abgetreten werden mußte, und er nun seine Einrichtungen auf seinem anderen Boden (der ihm ursprünglich gehörte) weiter ausdehnt, Nebengebäude errichtet u. s. w., aber so, daß ihm dabei seine Fabrik ganz unentbehrlich ist, und später, sey es erst nach Jahren,[104] durch einen Brand die Fabrik so beschädigt wurde, daß sie eingerissen und ganz neu aufgebaut werden muß: soll er nun, obwohl

104) Denn die Worte „binnen Jahresfrist" im §. 301 beziehen sich nicht auf die Zeit des Einsturzes oder Niederreißens (von der Abtretung des Bodens an), sondern sind eine Frist für die Geltendmachung des Rechts auf Wiederabtretung, die nach der Fassung des § erst von jenem Einstürzen an laufen kann.

er Eigenthümer des ganzen Bodens, auf welchem seine Fabrik stand, geworden und das Stück, auf dem sie steht, ihm für sein Gewerbe von größtem Werthe ist, soll er nun einen ihm unentbehrlichen Theil des Bodens dem früheren Eigenthümer desselben wieder zurückgeben müssen gegen die kleine Entschädigungssumme, die er früher für den Boden gezahlt hatte? — So zeigt es sich auch hier wieder, daß eine Abweichung vom Princip aus solchen blosen Billigkeitsrücksichten immer zu weiteren Abnormitäten führt. Ueberdies entstehen nach der Fassung des Entwurfes noch darüber Zweifel, ob in anderer Hinsicht den gerechten Ansprüchen des Bodeneigenthümers gehörig Rechnung getragen sey. Er muß in dem unter Nr. 2. angeführten Falle den Boden abtreten „gegen „Erstattung der Schäden". Es ist hier wohl zu beachten, daß von einer dolosen Handlung des Bauenden nicht die Rede ist; nach den Grundsätzen aber, die der Entwurf über Schadensersatz aufstellt, ist die Verbindlichkeit zum Ersatze überhaupt eine beschränkte, d. h. es ist nicht für jeden Schaden Ersatz zu geben (oben S. 107 f.) und nach §. 819 soll ja der die Ersatzverbindlichkeit beschränkende Grundsatz des §. 818 in den Fällen eintreten, wo das Gesetzbuch im Allgemeinen die Verbindlichkeit zum Ersatze ausspricht (S. 115 f.). Soll also auch hier diese Beschränkung eintreten? soll somit, wenn Jemand in gutem Glauben theilweise auf fremdem Boden baut, und nun der Eigenthümer gezwungen wird, ihm den Boden abzutreten, soll der Eigenthümer nicht einmal zum vollen Ersatze seines Schadens kommen? Zwar gehen die Motive weiter. Sie sagen, im Falle des §. 301 werde dem Bodeneigenthümer ein Recht auf Entschädigung zugesprochen, „welches sich natürlich nicht blos auf eine Bezahlung des Werthes „des entzogenen Stücks Landes beschränken darf, sondern im Er„satze überhaupt bestehen muß, indem eine solche Abtrennung „für den übrigen Gebrauch des Nachbargrundstücks oft bedeuten„den Schaden bringen kann." Allein ist hierbei, wenn die Motive vom „Ersatze überhaupt" sprechen, in Erwägung gezogen, was andere freilich weit spätere §§ des Entwurfes (die §§. 818 und 819) über die Bedeutung einer im Allgemeinen ausgesprochenen Ersatzpflicht bestimmen? Nach der angeführten Stelle der Motive würde der im guten Glauben Bauende unbedingt für den außerordentlichen Werth, für den Werth, welchen ein besonderes Verhältniß der Sache zu anderen Sachen oder zu ihrem

Inhaber hervorbringt, Ersatz zu leisten haben. Wie ist dies aber mit §. 818 (vgl. oben S. 111, 115) zu vereinigen?

Endlich scheint der §. 301 an einen Fall nicht gedacht zu haben, welcher bei solchen Bestimmungen, wie sie der §. 301 enthält, nothwendig ins Auge hätte gefaßt werden müssen. Der §. 300 spricht von dem Falle, wenn Jemand fremde Materialien lediglich auf seinem Grundstücke oder seine Materialien lediglich „auf einem fremden Grundstücke" verbaut, der §. 301 von dem Falle, wenn Jemand zum Theil auf eigenem, zum Theil auf fremdem Boden baut. Wie soll es nun aber gehen, wenn Jemand nicht auf eigenem, auch nicht auf fremdem Boden eines und desselben Eigenthümers baut, sondern auf fremdem Boden, welcher verschiedenen Eigenthümern (pro diviso) gehört, wenn also z. B. Jemand jenseits der Grenze seines Grundstücks ein Haus so baut, daß es zur Hälfte auf dem Boden seines Nachbars A, zur Hälfte auf dem Boden seines Nachbars B steht? Dieser Fall ist nach dem Entwurfe schwer zu entscheiden; denn der Entwurf muß sich dabei, wie er ihn auch entscheiden würde, in seinen eigenen Principien auf eine unauflösliche Weise verwickeln. Bezieht man auf diesen Fall den §. 300, entscheidet man ihn also consequent nach dem Princip der Accession: so würden A und B Jeder zu einer Hälfte Eigenthümer des Gebäudes werden. Aber dann haben wir ja die „Unzuträglichkeit, daß das „Gebäude theilweise in fremde Hände gerathe" d. h. daß es zwei verschiedene Eigenthümer bekommt, eine Unzuträglichkeit, deren Vermeidung der Entwurf für nothwendig hält und die seinen §. 301 hervorrief. Soll also in einem solchen Falle, um diese Unzuträglichkeit zu vermeiden, das Gebäude, so weit es auf dem Boden des einen Eigenthümers steht, niedergerissen werden? Aber wer soll dann sein Stück niederreißen müssen, der A oder der B? Oder soll der eine Bodeneigenthümer die Abtretung des anderen Bodens mit dem darauf stehenden Gebäudetheile verlangen können, damit doch das Gebäude in eine Hand komme? und welcher soll es verlangen können, der A oder der B?

Die Bestimmungen des §. 301 sind, so viel ich weiß, dem Entwurfe eigenthümlich; wenigstens finde ich Aehnliches weder im Oesterreichischen Gesetzbuche noch im Preußischen Landrechte, noch in den mir zugänglichen Entwürfen der neueren Zeit. Aber auch

hier würde der Entwurf jedenfalls besser daran gethan haben, wenn er ganz beim Oesterreichischen Gesetzbuche stehen geblieben wäre.

Mit der Construction der Begriffe möchte auch zusammenhängen, was der Entwurf über die, nach dem bestehenden Rechte allerdings sehr bestrittene, Frage der usucapio pro herede bestimmt. Habe ich recht gesehen: so entfernt er jede Controverse darüber auf sehr einfache Weise dadurch, daß er diesen Ersitzungsfall völlig aufhebt. Der §. 202 sagt nämlich: „Das Erb„recht gibt keinen besonderen Titel zur Ersitzung; der „Erbe hat den Titel des Erblassers."

Die Motive bemerken zu diesem § blos Folgendes: „In „§. 202 wird eine gemeinrechtliche Streitfrage dahin entschieden, „daß ein Erbe nur den Titel des Erblassers habe. Diese Ent„scheidung beruht darauf, daß der Erblasser und Erbe rechtlich „als eine und dieselbe Person erscheinen, auch Niemand durch „blose Willensänderung seinem Besitze einen anderen Grund un„terlegen kann."

Es wird genügen, diese Motivirung blos anzuführen und nur die Frage beizufügen, ob hier nicht völlig verschiedene Beziehungen und Verhältnisse verwechselt werden, ob denn daraus, daß „der Erbe nur den Titel des Erblassers habe", was allerdings für Sachen, welche in den Händen des Erblassers waren, richtig ist, ob denn hieraus eine Consequenz gezogen werden kann auf Sachen, welche nicht in den Händen des Erblassers waren, die aber der Erbe für Erbschaftssachen hält (l. 3. pro herede); ferner auf den Fall, wenn ein Nichterbe Erbe zu seyn glaubt und in diesem Sinne Erbschaftssachen besitzt, und ob in diesem Falle überall die Rede nur davon seyn kann, daß der Besitzer durch „blose Willensänderung seinem Besitze einen anderen Grund unterlege."

Ich will für die Weise, wie der Entwurf seine Begriffe construirt, nur noch einige Beispiele aus dem Forderungenrechte anführen.

Der Entwurf beginnt das Forderungenrecht mit einem Abschnitte, welcher die Rubrik hat: „Von gemeinschaftlicher Berech„tigung und Verbindlichkeit," und gibt in §. 588 den „Begriff" dieser gemeinschaftlichen Berechtigung und Verbindlichkeit und zwar dahin: „Wenn zwei oder mehreren Personen dasselbe persön„liche Recht zusteht, oder allen dieselbe Verbindlichkeit obliegt, so

„ist eine Gemeinschaft der Forderung oder der Schuld vorhanden. „Jene, wie diese wird nach den Grundsätzen über das ge„meinschaftliche Eigenthum getheilt.“ Diesem § wird dann unter der Rubrik „Wirkungen derselben“ (d. h. der gemeinschaftlichen Berechtigung und Verbindlichkeit) „a. bei theilbaren Sachen“ in §. 589 folgende Bestimmung beigefügt: „In der Regel haftet „daher von mehreren Mitschuldnern einer theilbaren Sache „Jeder nur für seinen Antheil und ebenso muß von den Mehre„ren, welche eine theilbare Sache zu fordern haben, jeder sich mit „dem ihm gebührenden Theile begnügen.“

Mit Recht wird man schon Das aussetzen können, daß hier von Mitschuldnern und von Gemeinschaft der Schuld in einem Verhältnisse gesprochen wird, in welchem in der That von Mitschuld und von Gemeinschaft einer Schuld gar nicht die Rede seyn kann, und daß der Entwurf durchweg dieses Verhältniß auf diese Weise bezeichnet und gleichsam blos als eine Art dieser Mitschuld die „Mitschuld zur ungetheilten Hand“ (solidarische Obligation) aufführt. Aber noch mehr möchte man fragen, was denn in §. 588 die Bestimmung besagen soll, daß die Gemeinschaft der Forderung oder der Schuld „nach den Grundsätzen „über das gemeinschaftliche Eigenthum getheilt wird.“ Es ist diese Bestimmung genommen aus §. 888 des Oesterreichischen Gesetzbuches. Aber kann man denn sagen, daß Das, was der Entwurf durch Gemeinschaft der Forderung oder der Schuld bezeichnet, nach den Grundsätzen über das Miteigenthum getheilt wird? Widerspricht diesem nicht schon gleich der folgende §. 589? sollen denn hier die Grundsätze der §§. 423 ff. eintreten? In der That wird es von den Motiven bejaht. Nach Vorausschickung der Bemerkung, daß der Inhalt dieses Abschnittes sich auf den Fall beziehe, wenn bei persönlichen Rechten und Verbindlichkeiten mehrere Berechtigte oder Verpflichtete vorkommen, sagen sie, es müsse jedoch hierbei fernerweit gesondert werden, „jenachdem entweder mehrere „Berechtigte Einem Verpflichteten oder Ein Berechtigter mehreren „Verpflichteten gegenüber stehen und jenachdem die Sache, welche „den Gegenstand des Rechts bildet, entweder theilbar oder un„theilbar ist. Ohne Unterscheidung mußte in §. 588 ein sol„ches Rechtsverhältniß im Allgemeinen als eine Gemeinschaft „bezeichnet, und, da die hieraus abzuleitenden, beson„ders die Theilung betreffenden, Rechtssätze bereits bei

„dem Miteigenthume aufgestellt worden sind, zur Ver-
„meidung von Wiederholungen auf dasselbe verwiesen werden."

Allein sind hier nicht wieder wesentlich verschiedene Verhältnisse in gleiche Kategorie gestellt? ist denn das Miteigenthum nicht etwas völlig Anderes, als Das, was der Entwurf unter Gemeinschaft der Forderung oder der Schuld begreift, und kann man irgend auf die letztere die Grundsätze von der Theilung des Miteigenthums anwenden? Gleich in dem einen Hauptfalle, den der Entwurf zu dieser Gemeinschaft zählt, im Falle des angeführten §. 589, ist ja Alles völlig anders, als beim Miteigenthum und dessen Theilung. Im Falle des §. 589 bedarf es ja selbst nach dem Entwurfe gar nicht erst einer Theilung; es ist ja in diesem Falle, was freilich mit der „Gemeinschaft", von welcher der Entwurf ausgeht, schwer vereinbar seyn möchte, die Theilung ipso jure mit dem Entstehen der Schuld oder des Rechts vorhanden, während bei dem Miteigenthum es sich von einem physisch noch ungetheilten Gegenstande eines getheilten Rechts und von einer durch einen besonderen Act erst zu erwirkenden physischen Theilung dieses Gegenstandes und der dadurch herbeizuführenden Aufhebung der Gemeinschaft (vergl. §. 423) handelt, eine Aufhebung, die nach §. 423 nicht zur Unzeit oder zum Nachtheile der Uebrigen soll verlangt werden können.

Wenn sogar in dieser Beziehung völlig Heterogenes vermischt wird: so kann es um so weniger auffallen, daß der Entwurf bei den solidarischen Obligationen die verschiedenen Fälle, die man unter dieser Bezeichnung begreift, (soweit ich finde, mit einer Ausnahme in §. 875) nicht trennt, sondern in eine Kategorie setzt. Wenn auch der Entwurf davon ausging, daß die Resultate der Forschungen der neueren Zeit auf dem Gebiete der solidarischen Obligationen legislativ nicht zu beachten seyen: so hätte doch wenigstens in den Motiven Etwas über die Gründe gesagt werden sollen, aus welchen er im Wesentlichen den Standpunkt festgehalten habe, auf dem man hier im Anfange dieses Jahrhunderts stand. — Ich beschränke mich darauf, von dem betreffenden Inhalt des Entwurfes blos Folgendes zu berühren:

1. Es gibt Fälle der solidarischen Obligation, welche das Römische Recht von den Fällen der eigentlichen Correalobligation wesentlich unterscheidet, eine Unterscheidung, von deren Vernachlässigung Savigny (Obligationenrecht S. 198) meint, daß

sie bei unsren früheren Schriftstellern „nicht wenig Verwirrung „der Begriffe und der Rechtsregeln zur Folge gehabt habe." Der Entwurf verwirft die Unterscheidung, namentlich bei der aus einem gemeinschaftlich verübten Delict entstehenden solidarischen Obligation auf Schadensersatz (er behandelt sie durchaus als einen Fall der Correalobligation s. §. 798 und Motive zu demselben), ebenso bei der Haftung mehrerer Vormünder aus einer gemeinschaftlichen Verwaltung (§. 1648).

2. In welchem Verhältnisse stehen Mehrere, welche gemeinschaftlich für eine fremde Schuld sich verbürgten? Ob das Römische Recht sie als eigentliche Correi behandle, ist bestritten (s. Savigny a. a. O. S. 278). Der Entwurf sagt über dieses Verhältniß im §. 875 Folgendes: „Mehrere Personen, welche sich „für einen Schuldner wegen derselben Schuld verbürgt haben, „haften jede für den ganzen Betrag. Leisteten sie gemeinschaft„lich Bürgschaft, so gebührt Dem, welcher die ganze Schuld ab„getragen hat, gleich einem Mitschuldner das Recht der „Rückforderung gegen die Uebrigen." Dieser § ist sehr ungenau gefaßt. Man möchte zunächst fragen: was heißt „gemeinschaft„lich Bürgschaft leisten"? Es wird wohl nicht zu viel gesagt seyn, wenn man diesen Ausdruck für verschieden deutbar hält. Die Motive wollen damit die Fälle ausschließen, „wenn mehrere „Personen für dieselbe Schuld sich ohne Rücksicht auf einan„der gleichzeitig oder nach und nach verbürgen"; allein auch diese Erklärung läßt noch Zweifel übrig. Dann aber möchte man noch mehr fragen: was soll mit der Bestimmung gesagt seyn: es gebühre dem Zahlenden „gleich einem Mitschuldner das Recht „der Rückforderung gegen die übrigen"? Hier werden jedenfalls nach Mitschuldner die Worte „zur ungetheilten Hand" ausgefallen seyn; denn nach dem Entwurfe gibt es viele „Mitschuldner," bei welchen bei Zahlung dessen, was sie schulden, von einem Regreßrechte nicht die Rede ist, da er durch Mitschuldner nicht blos seine correos (die solidarisch Obligirten), sondern auch Schuldner bei völlig getheilter Schuld versteht (oben S. 209). Außerdem ist aber die Fassung noch in anderer Beziehung ungenügend. Liest man diesen §: so muß man annehmen, daß er die gemeinschaftliche Bürgschaft nicht für einen Fall der Correalobligation halte; denn er sagt nur in einer speziellen Beziehung, daß eine gewisse Wirkung der Correalobligation hier eintrete, daß dem gemein-

schaftlichen Bürgen ein gewisses Recht „gleich einem Mitschuldner" zukomme. Wenn man aber die Motive liest: so sieht man, daß der Entwurf in seinem § etwas Anderes und weit mehr sagen will, daß er bestimmen will, durch die gemeinschaftliche Bürgschaft werde durchaus ein Verhältniß der Correalobligation begründet. Denn die Motive sagen: „Schon das gemeine Recht behandelt „mehrere Bürgen als Correalschuldner, so lange das Theil„verhältniß nicht durch Privatwillkür bestimmt ist. Nur gibt es „nach der gewöhnlichen Auslegung [blos?] den Mitbürgen die „Ausflucht der Theilung. Man hat jedoch von dieser Rechtswohl„that der Theilung abgesehen, indem man erwog, daß diese Ab„weichung von der Natur der Correalschuld nicht nur in der „Praxis durch Verzicht fast immer beseitigt wird, sondern auch „dem Zwecke der Bürgschaft ... entgegenläuft.... Auch das „Verhältniß der Bürgen unter sich ist aus dem Wesen der „Correalschuld entwickelt."

Eine Entwicklung dieses Verhältnisses kann man doch die Bestimmung des §. 875 nicht nennen. Jedenfalls aber mußte sie anders gefaßt werden, wenn der Entwurf davon ausging, daß das Verhältniß ein reines Correalverhältniß sey. Er durfte dann nicht blos eine einzelne Wirkung des Correalverhältnisses herausheben und sagen, daß in dieser der gemeinschaftliche Bürge „gleich" einem Mitschuldner zu behandeln sey.

3. Nach welchen Grundsätzen ist das Verhältniß zu behandeln, wenn Jemand einer ihm lediglich fremden Schuld zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers als wahrer correus beitritt? Es liegt doch wohl in der Natur einer solchen accessorischen Correalobligation, wenn ich sie so nennen kann, und in der Absicht und Auffassung der Parthieen, daß sie nach den Grundsätzen der Bürgschaft (nur mit Wegfall des beneficium excussionis) zu behandeln ist, namentlich in Beziehung auf das Recht des Correus, von Einreden Gebrauch zu machen, die Demjenigen zustehen, für dessen Schuld er eintrat. Auch hier geht der Entwurf einen anderen Weg. Er sagt nämlich §. 853: „Wer sich „zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, „daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllen „sollte, wird ein Bürge und das zwischen ihm und dem Gläu„biger getroffene Uebereinkommen, ein Bürgschaftsvertrag ge„nannt. Der erste Schuldner bleibt hier der Hauptschuldner,

„und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu." Diesem § fügt er sodann in §. 854 bei: „Wenn Jemand der Verbindlich„keit eines Anderen als Selbstschuldner oder Mitschuldner „beitritt, ohne seine Verpflichtung auf den §. 853 angegebenen „Fall zu beschränken, so entsteht eine Gemeinschaft mehrer Mit„schuldner zur ungetheilten Hand." Dann ist noch in §. 872 gesagt, daß, wer sich bei der Bürgschaft des beneficium excussionis begeben habe, „als Mitschuldner zur ungetheilten „Hand für die ganze Schuld haftet."

Hier entsteht zunächst die Frage: soll dieses „Haften als „Mitschuldner zur ungetheilten Hand" in den Fällen der §§. 872 und 854 blos heißen, daß der zur Sicherung der Schuld Hinzutretende nicht das Recht des §. 869 (das beneficium excussionis eines Bürgen) habe, oder soll es heißen, daß er überhaupt die besonderen Rechte eines Bürgen nicht habe? Man wird wohl das Letztere annehmen müssen, obwohl es der Natur des Verhältnisses und der Auffassung, von der die Parthieen ausgehen werden, namentlich der Auffassung des Intercedirenden, der doch wohl nur insoweit für die Schuld sich verpflichten will, als sie wirklich besteht, widerspricht. Denn man wird den §. 874, welcher von dem Gebrauche der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden bei der Bürgschaft spricht[105], weder nach den

105) Der §. 874 sagt nämlich: „Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, „so kann zwar der Schuldner dem Bürgen alle Einwendungen entgegensetzen, „welche er gegen den Gläubiger hätte gebrauchen können; es dient aber dem Bür„gen zu seiner Sicherung gegen solche Einreden, welche ihm unbekannt sind, die „Streitverkündigung, wenn sie nach den Proceßgesetzen geschieht." Die Weise übrigens, wie hier der Entwurf das Verhältniß des Bürgen behandelt, weicht wieder vom bestehenden Rechte ab und ist weder nach Fassung noch nach Inhalt zu billigen. Die Fassung ist eine sehr gezwungene; denn die Frage, wie sich der Bürge zu den Einreden des Hauptschuldners verhält, ist in dem zweiten Satze des § nur sehr indirect beantwortet. Es liegt aber wohl in diesem Satze die Bestimmung, daß der Bürge, wenn ihm Einreden, die der Hauptschuldner gegen die Schuld hat, unbekannt sind und er ohne Streitverkündigung an den Hauptschuldner seine Bürgschaftsschuld zahlt, den Regreß gegen den Hauptschuldner verliere. Ist hier aber nicht das bestehende Recht der Natur des Verhältnisses weit angemessener? Nach diesem ist der Bürge in seinem Verhältnisse zum Hauptschuldner nicht verantwortlich, wenn er die Bürgschaftsschuld bezahlt, weil ihm Einreden, die der Hauptschuldner gegen die Schuld hat, unbekannt waren; vielmehr ist es Sache des Hauptschuldners, den Bürgen zu rechter Zeit von seinen Einreden in Kenntniß zu setzen; einer Streitverkündigung bedarf es

Worten noch nach dem Sinne des Entwurfes auf die genannten Fälle beziehen können.

4. Auch bei den Wirkungen der Correalobligation weicht der Entwurf in einigen Punkten wohl mit Unrecht vom bestehenden Rechte ab. So bestimmt er z. B.[106] im §. 601, daß, wenn gegen einen Mitschuldner die Kündigung der Forderung bewirkt wird, auch gegen die übrigen Mitschuldner die Nachtheile des Verzugs eintreten; und dies gilt also nun nach dem Entwurfe nicht nur bei den eigentlichen Correalobligationen, sondern auch bei anderen solidarischen Obligationen, die er mit der Correalobligation identificirt. Aber selbst bei Correalobligationen verwirft das bestehende Recht mit Recht einen solchen Grundsatz. Dagegen ist Das, was der Entwurf über den Regreß des Zahlenden bei einer Mitschuld zur ungetheilten Hand in §. 607—609 bestimmt, als Regel zu billigen; aber nicht begründbar möchte es seyn, wenn er in §. 799 bei Delicten sogar dem dolosen Miturheber das Recht zu einem solchen Regresse einräumt.

Auch die Weise, wie der Entwurf den Begriff des Verzuges bestimmt und durchführt, wird sich nicht billigen lassen. Der Entwurf sagt im §. 631 Folgendes: „Wenn der Verpflich-„tete zu der durch Gesetz oder sonst bestimmten Zeit ohne recht-„mäßigen Grund seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, daher auch, „wenn er bei entgeltlichen Geschäften nach der gehörigen Leistung „anderer Seits die fällige Gegenleistung nicht bewirkt, so kommt „er ohne Mahnung in Verzug." (Der zweite Absatz handelt

---

in solchen Fällen, um sich den Regreß gegen den Hauptschuldner zu sichern, nicht (l. 29 mandati). Soll denn ein Bürge, wenn er von den Einreden des Hauptschuldners gar nichts weiß und der Gläubiger von ihm Bezahlung verlangt, es nun stets auf den Prozeß ankommen lassen, um dem Hauptschuldner den Streit verkündigen zu können und sich dadurch seinen Regreß für den möglichen Fall solcher Einreden zu sichern?

Die Motive zu §. 874 berühren die Abweichung des § vom bestehenden Rechte gar nicht; sie sagen blos, im Fall der Bürge, „ohne vorgängige Ausklagung des „Hauptschuldners zahlt oder zahlen muß, kann er natürlich die Lage des Haupt-„schuldners nicht verschlimmern." Allein dies ist eben die Frage, ob sich dies rechtfertigen läßt, und ob es nicht Sache des Hauptschuldners ist, von seiner Seite das Nöthige vorzukehren, damit seine Lage nicht verschlimmert werde.

106) Ein anderes Beispiel liegt in den §§. 596 und 604, das aber mit Grundsätzen zusammenhängt, deren Erörterung zu weit führen würde.

von dem durch Mahnen, oder wie der Entwurf es nach dem Oesterr. Gesetzbuche mit einem in Sachsen wohl nicht gebräuchlichen Ausdrucke bezeichnet, durch Einmahnung herbeigeführten Verzuge).

Gegen die angeführte Bestimmung des §. 631 wird man wohl mit Recht zwei Ausstellungen zu machen haben. Soll Jeder im Verzuge seyn, welcher zu der durch Gesetz oder sonst bestimmten Zeit „ohne rechtmäßigen Grund" seine Verbindlichkeit nicht erfüllt? Ein „rechtmäßiger Grund" Etwas zu unterlassen, ist nur ein solcher Grund, durch den man wirklich zur Unterlassung befugt wird, der uns der Verpflichtung zum Handeln enthebt. Wer zwar auf subjectiv entschuldbare Weise unterläßt, aber zum Handeln verpflichtet war, hat ohne rechtmäßigen Grund unterlassen. Wie ist nun die Bestimmung des §. 631 zu nehmen? Soll nach ihr Derjenige stets im Verzuge seyn, welcher einen rechtmäßigen Grund, das in Frage Stehende zur betreffenden Zeit nicht zu erfüllen, in der That nicht hat, sondern nur irrig zu haben glaubt und deßwegen nicht erfüllte? Ein Solcher fällt unter die Worte des §, sollte er auch die triftigsten Gründe gehabt haben, zu glauben, daß er zu erfüllen nicht verbunden sey, also sein Irrthum ein durchaus entschuldbarer seyn. Es würde dies eine wohl nicht zu rechtfertigende Aenderung am bestehenden Rechte seyn, welches den Verzug und eben damit die Folgen des Verzugs ausschließt, wenn der Verpflichtete entschuldigende Gründe hatte zu glauben, daß er zu zahlen nicht verbunden sey, und es deßhalb z. B. auf einen Prozeß ankommen lassen will. Oder war vom Entwurfe eine solche Abweichung vom bestehenden Rechte nicht beabsichtigt? Dann mußte der § anders gefaßt, es mußte dann nothwendig näher bestimmt werden, welche Gründe dann nach dem Entwurfe für rechtmäßige gelten sollen.

Noch weniger möchte aber eine andere, für die ganze Auffassung und für den Begriff des Verzugs wichtige Bestimmung zu billigen seyn. Der § bestimmt, daß bei entgeltlichen Geschäften derjenige Theil, welcher nach gehöriger Leistung anderer Seits die fällige Gegenleistung nicht bewirkt, sofort von selbst und ohne Mahnung im Verzuge sey. Läßt sich dieses rechtfertigen? und ist hier nicht die Fälligkeit einer Schuld mit dem Verzuge des Schuldners verwechselt? Soll also bei entgeltlichen Geschäften

die Parthie, welcher geleistet worden ist, von allen Folgen des Verzugs getroffen werden, wenn sie ihre Gegenleistung nicht sofort bewirkt, soll sie von da an unbedingt wie ein unredlicher Besitzer behandelt werden (§. 635), die versprochene Conventionalstrafe zahlen müssen (§. 733), von den Folgen einer verabredeten lex commissoria getroffen werden (§. 743)? Und wenn der Entwurf einen solchen Grundsatz bei entgeltlichen Geschäften (bei deren Bestimmung von der Exemplification des §. 648 auszugehen seyn wird) für richtig hält, würde dann nicht auch die Consequenz noch weiter führen und auch bei unentgeltlichen Geschäften die Fälligkeit der Schuld mit dem Verzuge identificirt werden müssen?

Die Motive glauben durch den angeführten Grundsatz vom bestehenden Rechte nicht abzuweichen. Sie sagen nämlich: „Schon „im zeitherigen Rechte ist es eine wichtige Regel, daß der „Verzug bei entgeltlichen Geschäften mit der von dem einen Theil „geschehenen Leistung sofort für den anderen Theil anfängt. Man „hat diese Regel beibehalten, weil in der Leistung des einen „Theiles nach §. 625[107] zugleich eine Aufforderung zur Leistung „von der anderen Seite gefunden werden muß, auch Niemand „sich zum Nachtheil des Anderen bereichern soll."

Im zeitherigen Rechte soll diese wichtige Regel enthalten seyn? Gewiß wäre die Regel eine wichtige; aber das zeitherige Recht weiß in der That nichts von ihr, weder das gemeine noch das Sächsische. Allerdings war es früher häufig, daß man die Bestimmung des Römischen Rechts, nach welcher ein Käufer den Kaufpreis verzinsen muß, sobald ihm die gekaufte Sache übergeben worden ist, aus einer wahren mora ex re herleiten wollte und hier von Verzugszinsen sprach. Allein es beruhte dies auf einem offenbaren Irrthum; denn die Römischen Quellen sagen noch ausdrücklich, daß hier von einer mora gar nicht die Rede sey, der Käufer müsse den Preis verzinsen, auch wenn er nicht in mora sich befinde (const. 5 de act. emti; vgl. nun auch Fragm. Vat. §. 2), und in unsrer Zeit kann man wohl jenen

---

107) Dieser §. sagt: „Die Erfüllung eines entgeltlichen Geschäfts kann „nur nach vorheriger oder gegen sofortige Gegenleistung verlangt werden, es „wäre denn, daß die Gegenleistung nach dem Inhalte des Vertrags oder sonstiger Bestimmungen erst später zu bewirken wäre."

Irrthum zu den überwundenen zählen.[108] Nach dem Entwurfe aber soll nun dieser vermeintliche Grundsatz des bestehenden Rechts nicht blos gegen den Käufer (worauf allein jene gesetzliche Zinspflicht sich bezieht), sondern er soll auch gegen den Verkäufer und soll bei allen entgeltlichen Geschäften gelten. Wo spricht denn das zeitherige Recht eine solche Regel bei entgeltlichen Geschäften überhaupt aus[109]? Nicht minder unrichtig möchte man aber auch die Gründe nennen können, aus welchen die Motive die genannte Regel über den Verzug bei entgeltlichen Geschäften legislativ zu rechtfertigen suchen. In der Leistung des einen Theiles liegt an und für sich noch keine Aufforderung, daß nun der andere Theil auch sofort leisten soll. Es folgt dies auch nicht aus der Bestimmung des §. 625; denn dieser sagt ja nur, daß bei einem entgeltlichen Geschäfte die eine Parthie nur dann die Gegenleistung verlangen könne, wenn sie vorher oder sofort Das erfüllt, was sie schuldig ist. Daraus aber, daß sie durch eine solche Erfüllung sich das Recht erwirbt, nun die Gegenleistung zu verlangen, folgt noch keineswegs, daß sie durch die Erfüllung zugleich auch die Aufforderung an den Gegner aussprechen wollte, er soll nun sofort die Gegenleistung abtragen, daß also in ihrer Erfüllung stets und unbedingt eine wirkliche Mahnung liege. Was aber den anderen Grund der Motive betrifft, daß Niemand sich zum Nachtheil des Anderen bereichern soll: so ist nicht einzusehen, wie dieser ohnehin viel zu allgemeine und vielfach gemißbrauchte Satz auf die vorliegende Frage irgend passen und für sie irgend Etwas beweisen soll. Man könnte höchstens versucht seyn, ihn für die Bestimmung des bestehenden Rechts über die Zinspflicht des Käufers anzuführen, obwohl sich dabei noch Manches gegen eine solche Anwendung dieses Argumentes einwenden lassen würde. Aber wie sollen aus einem solchen Grundsatze die nachtheiligen Folgen des Verzuges für die Parthie, welche ihre Gegenleistung nicht erfüllt hat, sich irgend herleiten lassen, wie soll es z. B. zusammenhängen, eine solche Parthie nun in die Zahlung einer Conventionalstrafe oder in den Ersatz wegen zufälligen Unter-

108) S. z. B. Treitschke Der Kaufcontrakt §. 79 und die Hauptschriften über Mora, die von Wolf Zur Lehre v. d. Mora S. 145 f. und von Madai Die Lehre v. d. Mora S. 191 f.

109) Die Decis. Sax. 15 von 1746 wird man doch wohl nicht dafür anführen wollen.

ganges der Sache zu verurtheilen, weil — sie sich nicht zum Nachtheile des Anderen bereichern soll? —

Ueber die Weise, wie der Entwurf die Novation behandelt, sagt Mittermaier in der S. 173 angeführten Abhandlung: im Entwurfe sey „die Lehre von der Umänderung der Rechte „und Verbindlichkeiten nach der ganzen heutigen Doctrin „codificirt.“ Ich wäre begierig zu hören, was die heutige Doctrin zu diesem Urtheile sagen würde. Schwerlich wird sie ihm beitreten; eher möchte ich glauben, daß sie über ihr Verhältniß zu dieser Codification eine ähnliche Erklärung geben würde, wie z. B. Feuerbach über sein Verhältniß zu den Anmerkungen zum Baierischen Strafgesetzbuche. — Es wird nicht ohne Interesse seyn, hier wenigstens Folgendes anzuführen, da es einen weiteren Beleg für die Weise geben möchte, wie der Entwurf die Rechtsbegriffe construirt.

Die Abtheilung über „Umänderung der Rechte und Ver„bindlichkeiten“ wird in den Motiven zu §. 920 mit der Bemerkung eingeleitet: „Wenn schon Umänderungen bei jeder Art „von Rechten, selbst dinglichen vorkommen können, so gehören „doch hierher nur Umänderungen, welche an Forderungenrechten „vor sich gehen.“ Ich gestehe, daß mir ein solcher Uebergang auf die mitten im Forderungenrechte stehende Lehre von der Novation und eine solche Parallelisirung der Novation mit Aenderungen, die am Bestande dinglicher Rechte vorgenommen werden können, auffiel.

Die Motive bemerken dann weiter, daß dergleichen „Nova„tionen im weiteren Sinne“ in privative und cumulative und erstere in nothwendige und freiwillige eingetheilt zu werden pflegen, und daß hier lediglich von der freiwilligen privativen Umänderung gehandelt werde. Dann fahren sie so fort:

„Von Arten der privativen Novation kann insofern ge„sprochen werden, als die Umänderung bald nur objectiv, also „hinsichtlich des Grundes und Gegenstandes der Forderung, „aber unter denselben Parteien, bald mit Beibehaltung des Ob„jectes nur subjectiv in der Person des Gläubigers oder Schuld„ners ganz oder theilweise, mit Vereinfachung oder Vervielfachung „der Subjecte sich ereignet. Alle Arten haben gemein, daß „sie als Tilgungsgrund der früheren Obligation die Natur der „Zahlung haben.“

Nun ist wohl zu beachten, daß die Motive das eben Angeführte zu §. 920 bemerken, also zu dem Paragraphen, welcher sich auf alle Arten der „Umänderung" und auf sämmtliche folgende Abschnitte dieser Abtheilung bezieht[110], und daß in diesen Abschnitten, welche also nach dieser Einleitung des Entwurfes und der Motive lediglich von den privativen Novationen handeln sollen, gehandelt wird im ersten Abschnitte „von „dem Neuerungsvertrage und dem Vergleiche" (der Entwurf bezeichnet nämlich durch Neuerungsvertrag blos den Vertrag, „durch „welchen ohne Veränderung der Personen des Gläubigers „und Schuldners eine neue Verbindlichkeit an die Stelle der vo„rigen gesetzt wird," also nur Das, was die Motive unter objectiver Novation verstehen), im zweiten Abschnitte „von der „Umänderung durch Veränderung des Gläubigers," und im dritten Abschnitte „von der Umänderung durch Veränderung „des Schuldners," endlich daß der zweite Abschnitt lediglich enthält die Lehre von der Cession eines Forderungenrechts, der dritte Abschnitt die Lehre von der Assignation.

Also die Cession und die Anweisung sollen privative Novationen seyn, Novationen, von denen die Motive sagen: „alle Arten haben gemein, daß sie als Tilgungsgrund der „früheren Obligation die Natur der Zahlung haben." Ist hier nicht das Wesen entweder der Novation oder das der Cession und der Anweisung verkannt? Und wenn im Entwurfe die Grundsätze über Cession und Anweisung in der That so bestimmt worden seyn sollten, wie es der Natur dieser Rechtsgeschäfte gemäß ist, so also, daß sie nicht die Natur einer privativen Novation haben: so möchte es doch wohl in der Begriffsconstruction mangeln, abgesehen von der Frage, wo denn der Entwurf von der wirklichen Novation durch Veränderung der Person des Gläubigers oder Schuldners handle.

Auch in dem Abschnitte von dem Genossenschaftsvertrag §. 1293 f. wird man in der Construction und Durchführung der Begriffe die gehörige Schärfe und Sicherheit vermissen. Es enthält dieser Abschnitt einen beachtenswerthen Versuch, das Wesen

---

110) In den Motiven ist zwar über „Zu §. 920" gesetzt: „Erster Abschnitt". Allein nach Rubrik und Inhalt bezieht sich das „zu §. 920" Gesagte lediglich auf diesen allgemeinen einleitenden Paragraphen.

der bei uns so häufigen Vereine zu wissenschaftlichen, geselligen, wohlthätigen Zwecken im Gegensatze zu anderen Gesellschaften festzustellen. Aber man möchte dabei fragen, ob nicht die Personification solcher Vereine zu weit gehe und wem denn bei dieser Personification das Vermögen des Vereins gehöre. Nach §. 1299 steht den einzelnen Theilnehmern an dem für den Verein erworbenen Vermögen „kein besonderer Theil für ihre Person zu"; in §. 1298 ist die Rede von den „Verbindlichkeiten des „Vereins"; nach §. 1297 treten in gewissen Fällen die einzelnen Theilnehmer „lediglich zu dem Gesammtvereine in ein „Rechtsverhältniß"; nach §. 1777 ist ein solcher Verein, sogar jede nicht unerlaubte Gesellschaft, erbfähig. Wer ist nun, um nur diese eine Frage zu berühren, Eigenthümer des für einen solchen Verein erworbenen Vermögens? An ein Gesammteigenthum der Genossen denkt der Entwurf hiebei doch wohl nicht; denn er verwirft (wenigstens „im Wesentlichen" s. unt. S. 223) die Annahme eines Gesammteigenthums überhaupt. Also sollte man annehmen müssen, der Verein als solcher erwerbe das Vermögen und ihm gehöre es. Wenn aber dies der Fall ist: so muß man weiter annehmen, daß ein solcher Verein auch Grundeigenthum erwerben kann. Dies sagt auch, wie es scheint, der §. 63; allein nach den oben S. 23 angeführten Berichtigungen soll gerade die Stelle des §. 63, welche es sagt, gestrichen werden.[111] Soll nun, möchte ich wiederholen, doch der Verein als solcher Vermögen und namentlich Grundeigenthum erwerben können? Der Entwurf wird doch davon ausgehen, daß nur eine Person einer solchen Erwerbung fähig ist. Nach §. 53 aber haben solche Genossenschaften „als Ganzes für sich betrachtet" das Recht der Persönlichkeit nicht schon an sich, sondern nur dann, wenn es ihnen „von dem Staate verliehen ist," und dies wird noch dazu in §. 54 wiederholt, und in §. 1365 ist von dem Actienvereine gesagt, daß er erst durch Bestätigung (d. h. durch die im §. 53 und 54 bezeichnete Bestätigung s. die Motive) „die Rechte einer ju-

---

111) Der §. 63 sagt nämlich: „Die Sachen im Staatsgebiete, insoweit „sie Gegenstände des Eigenthums sein können, sind entweder Staats- oder Pri- „vatgut. Das letztere gehört einzelnen Personen oder einzelnen Genos- „senschaften, kleineren oder größeren Gemeinden." Nach den Berichtigungen ist aber der zweite Satz ganz zu streichen und im ersten Satze statt „Eigenthums" zu setzen „Vermögens".

„ristischen Person, insbesondere auch das Recht, auf seinen Na„men Grundstücke zu erwerben, erhalte." Hienach ist ein genossenschaftlicher Verein an und für sich noch nicht eine Person; er kann nicht auf seinen Namen Grundstücke erwerben. Wer ist denn nun aber das Rechtssubject der oben genannten Erwerbungen, wenn weder er es ist, noch seine einzelnen Theilnehmer es sind, noch es ein Gesammteigenthum gibt? wem gehört das durch Vermächtniß, Erbschaft oder sonst dem Vereine Zufallende?

In ähnlicher Weise möchte man zu §. 433 fragen: was für eine juristische Gemeinschaft bildet denn eine Familie[112]? Der Entwurf führt sie nirgends unter den juristischen Personen auf.

Alles Dieses dürfte damit zusammenhängen, daß der Entwurf überhaupt über den Begriff der Person sich nicht ganz klar zu seyn scheint. Ich will dafür nur noch zwei Belege anführen.

Wenn man die Abtheilung „von den Personen überhaupt" (§. 24 f.) liest: so muß man annehmen, daß der Entwurf unter „Person" (mit Recht) jedes rechtsfähige Wesen, aber nur ein rechtsfähiges Wesen versteht. Wie läßt es sich aber damit vereinigen, wenn der §. 120 in der Abtheilung von dem Besitze sagt: „Besitzen können alle Personen, welche rechtsfähig „sind" (das Oesterreichische G. B. sagt Dieses nicht) — und wenn die Motive Dieses wiederholen, indem sie bemerken: „Da „der Besitz hier als ein factischer Zustand, welcher Rechte ge„währt, in Betracht kommt, so kann derselbe nur **solchen Per„sonen** beigelegt werden, welche rechtsfähig sind." Gibt es denn nach dem Entwurfe und gibt es überhaupt Personen, welche nicht rechtsfähig sind? — Bei den Römern gab es allerdings Menschen, welche nicht rechtsfähig waren, und Diese bezeichneten sie oft auch durch persona. Aber gibt es denn bei uns in Deutschland und gibt es nach dem Entwurfe Menschen, welche nicht rechtsfähig sind?

Ein anderes Beispiel enthält der §. 412. Er sagt: „So „lange alle Miteigenthümer einverstanden sind, stellen sie in

---

112) Der § sagt: „Die Grundsätze für das Miteigenthum sind auch auf „die Gemeinschaft anderer Rechte, soweit ihre Natur es zuläßt und nicht beson„dere Bestimmungen vorhanden sind, insonderheit auch auf die einer Familie, „als einer Gemeinschaft zustehenden Sachen und Rechte anzu„wenden."

„Bezug auf Andere nur Eine Person vor, und haben das „Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache nach Belieben zu schal„ten." Was soll dieses heißen, daß alle Miteigenthümer, wenn sie einverstanden sind, nur eine Person vorstellen? An eine juristische Person ist hierbei nicht gedacht; denn mit Recht wird in den Motiven zu §. 408 das Miteigenthum gehörig unterschieden von dem Eigenthum einer Corporation, welche juristisch eine Person bildet. Es ist also das „Eine Person" in §. 412 nicht juristisch gemeint. Was soll nun aber eine solche Person bedeuten, welche nicht eine juristische Person, aber auch nicht eine natürliche ist? In den Motiven wird nichts darüber gesagt, sondern der §. 112 nur unter den §§ aufgeführt, deren Bestimmungen „dem Wesen des Miteigenthums und der Natur der „Sache entsprechen" sollen. Läßt sich wohl dieses Prädicat auf diese Bestimmung des §. 412 anwenden? und wenn sie eine Bestimmung seyn soll, was soll durch sie Besonderes bestimmt und festgesetzt werden[113]? Es soll doch damit nicht Das gesagt seyn, was schon der §. 411 ausdrückt, indem dieser sagt: „In An„sehung der ganzen Sache, wie jedes Theils derselben haben nur „alle Theilhaber zusammen die Rechte eines Alleineigenthü„mers"? Freilich drückt auch hier der Entwurf seinen Gedanken nicht gut aus, und das „nur" in dieser Stelle ist wieder nicht zu vereinigen mit anderen Stellen, mit §. 417 f., nach welchen es manche Fälle gibt, in welchen in Ansehung der ganzen Sache die Majorität der Theilhaber entscheidet, also keineswegs nur alle zusammen die Rechte eines Alleineigenthümers haben.[114]

---

113) Die wörtliche Quelle ist der §. 823 des Oesterreichischen Gesetzbuchs, nur daß unser § noch die Worte „in Bezug auf Andere" einschob. v. Zeiller sagt (zu §. 361 des Oest. G.-B.): über das Ganze können die Theilnehmer nur gemeinschaftlich „als Eine moralische Person betrachtet" verfügen. Dagegen sagt Winiwarter (III S. 456): „Alle Theilhaber stellen, solange „sie einverstanden sind, in Beziehung auf einen Dritten, Eine Person „vor ... Sie machen aber darum nicht Eine Person aus; denn wären sie „eine moralische oder juristische Person, so könnten sie immer nur Einen Willen „haben; dies ist aber bei einer Gemeinschaft nicht der Fall."

114) Besser drückt diesen Gedanken der Hessische Entwurf aus, wenn er sagt: „Verfügungen über den ganzen Gegenstand können rechtsgültig nur mit „Einwilligung aller Miteigenthümer getroffen werden." Aber der Hessische Entwurf macht dann von seinem „nur", soviel ich finde, keine Ausnahme, wie überhaupt ein nur Ausnahmen nicht gestattet. Vergl. S. 18.

Aber auch schon der Begriff, den der Entwurf vom Miteigenthum selbst gibt, scheint verfehlt zu seyn. Der §. 408 sagt: „Ein Miteigenthum ist vorhanden, wenn das Eigenthum der„selben Sache mehreren Personen ungetheilt zusteht."

Was soll dieses „ungetheilt zusteht" heißen? So wird gewöhnlich das Gesammteigenthum von seinen Anhängern definirt; allein dieses meint der Entwurf nicht; denn die Motive sagen: „Das Alleineigenthum wird dem Miteigenthum entgegen„gesetzt; es ist aber letzteres vom condominium plurium in so„lidum wesentlich unterschieden. Wenn schon ein derartiges „Gesammteigenthum in mehreren deutschrechtlichen Verhältnissen „nicht zu verkennen ist (?), so hat es doch im Wesentlichen [blos?] „seine practische Bedeutung verloren, und es ist deßhalb in diesem „Entwurfe davon abzusehen gewesen" [wenn es die practische Bedeutung blos im Wesentlichen verloren hat nach der Ansicht des Entwurfes, so hätte doch wohl der Entwurf nicht ganz davon absehen sollen]. „Wenn man übrigens das Miteigenthum von „dem Eigenthume einer Corporation, welche juristisch eine Person „bildet, gehörig unterscheidet, und letzteres nur als Alleineigen„thum ansieht, so rechtfertigt sich hieraus die in §. 408 aufge„stellte Begriffsbestimmung."

Allein hieraus rechtfertigt sich keineswegs der Begriff des §. 408, sondern nur ein ganz anderer Begriff. Bei dem Miteigenthum soll nach dem Entwurfe das Eigenthum der gemeinschaftlichen Sache mehreren Personen ungetheilt zustehen. Darin liegt eben das Unrichtige. Was ist denn das Ungetheilte bei Miteigenthum? Nicht das Eigenthum; denn dieses ist getheilt, und zwar im Zweifel nach Köpfen (s. §. 411); das Ungetheilte ist die Sache, welche den Gegenstand des Miteigenthums bildet. Denn das Miteigenthum ist ein Eigenthum nach Theilen, nach Quoten, bei wirklich (physisch) ungetheilter Sache. Auch hier hätte der Entwurf sich noch mehr an seine häufige Quelle halten sollen; denn der Begriff, den das Oesterreichische Gesetzbuch §. 361 vom Miteigenthum aufstellt, ist weit richtiger, wenn es sagt: „Wenn eine noch ungetheilte Sache „mehreren Personen zugleich zugehört, so entsteht ein gemein„schaftliches Eigenthum."

Diese Belege möchten zur Genüge beweisen, wie Vieles der Entwurf in der so wichtigen Construction der Begriffe vermissen

läßt, und es wird wohl nicht nöthig seyn, noch auf weitere Belege näher einzugehen, z. B. auf die Freiheit, mit welcher er die Gültigkeit und die Klagbarkeit eines Rechtsgeschäfts für gleichbedeutend nimmt, auf die schwankende Weise, mit der er sich über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts äußert.[115]

Es wird mit Recht an den Römischen Juristen unter Anderem gerühmt, sie verfahren in der Construction der Begriffe so naturgemäß und in der Durchführung und Anwendung derselben mit solcher Schärfe, Sicherheit und Consequenz, daß sie gleichsam mit Begriffen rechnen, wie der Mathematiker mit seinen Zahlen. Es ist auch wahrlich ein großer Vorzug eines positiven Rechts, wenn es seine Begriffe dem Wesen und der wahren Natur der Verhältnisse entsprechend bildet und an diesen Begriffen und ihren Consequenzen festhält, so daß man sich auf sie verlassen, mit Sicherheit auf sie bauen, auf sie und mit ihnen rechnen kann und der Inhalt dieses Rechts in seinen principiellen Beziehungen eine gleichsam sich von selbst entwickelnde Natur der Sache ist und dadurch das Wissen des Rechts etwas ganz Anderes wird, als eine blose Gedächtnißsache. Ob das Gleiche vom Entwurfe gerühmt werden könnte, ob bei ihm sich ein solches Ziel irgend erreichen lassen würde, dies ist eine Frage, welche meines Erachtens, wenn er nicht wesentlich umgearbeitet werden sollte, sich nicht wird bejahen lassen.

---

115) Auch aus specielleren Beziehungen könnte manches hierher Gehörige angeführt werden, z. B. der §. 1372 sagt: „die Vorschriften über Wetten gelten „auch für das Spiel als eine Art der Wetten.“ Schon an sich ist es auffallend, daß der Entwurf das Spiel lediglich als eine Art der Wette auffaßt. Der Begriff der Wette ist doch jedenfalls enger, als der des Spieles, und will man hier identificiren: so müßte die Wette als eine Art des Spieles aufgefaßt werden. Nimmt man aber vollends den richtigen Begriff von Wette, welchen der §. 1370 aufstellt, nach dem es eine Wette ist, wenn mehrere Personen einander widersprechende Behauptungen aufstellen und eine gewisse Leistung zum Vortheile desjenigen Theils verabreden, dessen Behauptung als die richtige erwiesen wird: so läßt sich damit doch in der That der Ausspruch des §. 1372 nicht vereinigen; denn wenn das Spiel eine Art von Wette seyn soll: so müßte jener Begriff der Wette auf alle Spiele Anwendung leiden. Ist denn aber dieses auch nur irgend der Fall?

Der Entwurf bestrebt sich, möglichst concis zu seyn, in möglichst wenigen Worten und Zeilen Das auszudrücken, was er zu sagen hat. Ein solches Bestreben ist gewiß anzuerkennen; aber es darf ihm nicht die Deutlichkeit zum Opfer gebracht werden. Gerade in dieser Hinsicht wird sich am Entwurfe Vieles aussetzen lassen. Bei vielen seiner Bestimmungen ist es keine leichte Aufgabe, über ihren Sinn ins Klare zu kommen; bei nicht wenigen wird sich diese Aufgabe nicht mit Sicherheit lösen lassen; ihn zu verstehen scheint mir weit schwerer zu seyn, als es bei anderen umfassenden legislativen Versuchen der Fall ist; nur zu häufig möchte man bei ihm Deutlichkeit und Klarheit, Genauigkeit und Umsicht im Ausdrucke zu vermissen haben.

Die Ausführungen, die ich bis daher in anderen Hauptrichtungen gab, boten mir zugleich Gelegenheit, eine große Reihe von Beispielen anzuführen, durch welche das eben Gesagte sich belegen dürfte. Ich erlaube mir, mich namentlich zu berufen auf Das, was oben S. 13, 31 f., 33 f., 35, 36, 37, 38, 39, 47 f., 49 f., 58 f., 62 f., 85 f., 90, 95 f., 106 f., 108, 109 f., 113, 116, 118, 126, 129, 131, 143, 144, 147 f., 149, 151 f., 156, 160, 165, 198, 211, 215, 222 ausgeführt und was in einzelnen Noten, z. B. Not. 27, 33, 37, 39 a. E., 43, 45, 65, 67, 69, 70, 84, 89, 90, 95, 98, 105 angedeutet wurde. Es möchte daher kaum nöthig seyn, noch weitere Belege anzuführen; indessen will ich doch zur Vervollständigung noch eine Reihe von, wenn auch zum Theile minder wichtigen, Beispielen beifügen, wie sie die Ordnung des Entwurfes darbietet.

Im §. 82 ist vom Zubehör (oben S. 193) gesagt, es verliere „die Eigenschaft eines solchen, wenn es von der Haupt„sache getrennt wird, die Trennung mag durch Zufall, durch den „Inhaber oder durch einen Anderen erfolgen. Doch hebt Tren„nung auf einige Zeit die Eigenschaft des Zubehörs nicht auf."

An diesem § sieht man wieder die Folgen der Vermischung des Zuwachses und der Pertinenzen. Kann denn eine zufällige Trennung, also auch die Trennung durch einen Dritten (welche der Entwurf mit Unrecht der zufälligen entgegensetzt) für das Verhältniß einer Pertinenz als solcher von Bedeutung seyn? Hört z. B. ein Pferd, das zum Inventar eines Grundstücks gehört und deßhalb nach §. 88 dessen Pertinenz ist, auf, diese Eigenschaft zu haben, wenn ein Dritter es stehlen sollte? Aber,

hiervon abgesehen, was soll „Trennung auf einige Zeit" heißen? Trennung auf einige Zeit heißt doch etwas Anderes, als Trennung auf Zeit überhaupt. Was soll nun aber „einige" Zeit bedeuten? Was auch der Sinn seyn soll, jedenfalls ist er in so ungenauer Weise ausgedrückt, wie ein Gesetz sich doch wohl nicht ausdrücken sollte. Es ist wohl Das gemeint, was der Hessische Entwurf deutlicher und mögliche Mißverständnisse beseitigend ausdrückt, wenn er sagt: eine Sache verliere nicht ihre Eigenschaft als Zubehörung, „wenn sie nur eines vorübergehenden Grundes „wegen von der Hauptsache getrennt wurde mit der Bestim„mung, später wieder mit ihr vereinigt zu werden."

Beim Rechtsbesitze sagt der §. 166: „Wieweit der Besitz ei„nes Rechts ausschließend sey, ist nach der Natur des Rechts zu „beurtheilen. Verlangt Jemand in einem Falle, in welchem „die Vermuthung für den ausschließenden Besitz des Gegners „streitet, den Mitbesitz, so hat er denselben darzuthun." Was will der Entwurf mit diesen letzten Worten sagen? „Er hat den Mitbesitz darzuthun" heißt, er muß beweisen, daß er den Mitbesitz habe. Aber wie ist dies mit dem Verlangen zu vereinigen? Kann man von Dem, der Etwas erst verlangt, sagen, er müsse beweisen, daß er es schon habe? Was man bereits hat, verlangt man ja nicht, sondern man macht es geltend oder verlangt seine Anerkennung, und wenn man einen Besitz nicht hat: so thut man ihn nicht dar, sondern (wenn man ihn verlangt) das Recht auf denselben.

Der §. 327 sagt: „Mehrere, welche eine Sache finden, ha„ben in Ansehung derselben gleiche Rechte und Verbindlichkeiten. „... Das Finderlohn erhalten Alle nur Einmal." — Damit soll wohl gesagt seyn, daß der Verlierer auch bei mehreren Findern doch im Ganzen nur den Betrag des §. 322 ($^1/_{10}$ des Werths) als Finderlohn zu zahlen habe. Allein wird dies durch den Entwurf gehörig ausgedrückt, wenn er sagt, daß „alle Finder den Lohn nur Einmal erhalten"? Wenn von den mehreren Findern jeder $^1/_{10}$ des Sachwerths bekommen würde: so würden ja auch in diesem Falle doch „alle den Lohn nur ein Mal erhalten."[116]

116) Beiläufig möchte man auch fragen, warum der Entwurf in dem Genus des Lohnes wechselt, bald das Lohn sagt z. B. §. 327, 331, bald der Lohn z. B. §. 1267, 1268, 1271, 1275. Nach den oben S. 23 angef. Berichtigungen soll in §. 1267 und 1271 das Neutrum gesetzt werden; aber auch hier ist

Im §. 431 ist von der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache gesagt: „Den dinglichen oder persönlichen Rechten dritter Personen kann sie nicht zum Nachtheile gereichen." Was soll mit dieser Bestimmung, soweit sie sich auf persönliche Rechte bezieht, gesagt seyn? Die Theilung ist eine Veräußerung. Wenn nun ein Miteigenthümer, welcher in Beziehung auf die ihm an der Sache zustehende Quote persönliche Verbindlichkeiten contrahirt, z. B. seinen ideellen Theil einem Dritten zugesagt hat, durch die (physische) Theilung diesen Theil ganz oder theilweise veräußert: so wird doch das persönliche Recht nicht auch gegen den neuen Erwerber sollen geltend gemacht werden können? Wenn aber der Entwurf dieses wirklich nicht wollte: so durfte er nicht auf ganz gleiche Weise von den persönlichen Rechten wie von den dinglichen sprechen. Denn dingliche Rechte Dritter dauern an der Sache, ohne Rücksicht auf die Theilung, allerdings unverändert fort; persönliche Rechte aber können durch die Theilung ihren mittelbaren Gegenstand verlieren und sich in ein Recht auf Ersatz auflösen.

Nach §. 438 ist zum Faustpfand nöthig, daß der Gläubiger die Sache in Gewahrsam erhält. In dieser Beziehung sagt nun der §. 450: „Die nach §. 438 erforderliche Uebergabe des „Faustpfandes an den Gläubiger oder für ihn an einen Dritten „muß in der Art geschehen, daß der Schuldner über dasselbe „nicht mehr eigenmächtig verfügen kann." Unter dem nicht mehr eigenmächtig verfügen Können ist doch wohl gemeint, daß die Sache nicht mehr in der physischen Gewalt des Schuldners seyn soll. Allein dieses ist ja schon in §. 438 dadurch ausgedrückt, daß der Gläubiger die Sache in seinen Gewahrsam erhalten müsse. Welche Bedeutung soll also diese Wiederholung im §. 450 haben? Oder soll dadurch noch etwas Anderes ausgedrückt werden? Die Motive sagen: „Im §. 450 ist man „von der Ansicht ausgegangen, daß das Pfandrecht seiner Natur „nach objective Sicherheit gewähren soll, daß aber auf die Art „der Uebergabe sonst weiter etwas nicht ankommt, und es wird „aus der Fassung unschwer zu beurtheilen seyn, wann und

---

wieder die Berichtigung nicht genügend, da in den §§. 1268 und 1275 das Masculinum stehen blieb. Auch im Genus des Gewahrsams wechselt er, z. B. §. 244 („die Gewahrsam entzogen", Wiedereinräumung „der Gewahrsam"), §. 978 („aus dem Gewahrsame") ebenso §. 118, 560, 944.

„wieweit ein constitutum possessorium und eine brevi „manu traditio ausreichend sei." Dadurch wird aber die Sache nicht klarer, sondern noch unklarer. Wenn nämlich zur Begründung eines Faustpfandrechts nach §. 438 erfordert wird, daß der Gläubiger die Sache „in Gewahrsam" (detentio) erhalte: so heißt dies ja soviel, daß sie nicht mehr im Gewahrsam des Pfandschuldners seyn darf; damit ist aber jede Bestellung eines Faustpfandes durch ein constitutum possessorium ausgeschlossen, weil bei diesem der Pfandschuldner die Sache in seinem Gewahrsam behalten würde. Die Motive aber gehen von der Möglichkeit aus, daß auch bei einem constitutum possessorium ein Faustpfand entstehen könne. Wie ist nun Dieses zu nehmen? Ueberhaupt aber scheinen hier die Motive eine Aenderung, die der Entwurf am bestehenden Rechte macht, nicht gehörig beachtet zu haben. Ein constitutum possessorium ist nicht in Beziehung auf blose detentio möglich, sondern blos in Beziehung auf den eigentlichen Besitz, d. h. den blosen Gewahrsam einer Sache kann man nicht durch ein constitutum bekommen, da, solange der Uebertragende die Sache in seinem Gewahrsam behält, der Empfänger sie nicht auch in seinem Gewahrsam haben kann; wohl aber kann ein Besitz so übertragen werden, daß der Uebertragende den Gewahrsam (die detentio) für den neuen Besitzer als dessen Mittelsperson verwalten zu wollen erklärt. Deshalb konnte nach gemeinem Rechte die Frage entstehen, ob nicht ein Faustpfand auch durch ein constitutum possessorium bestellt werden könne, weil es dem Faustpfandgläubiger die possessio der Sache zuschreibt; nach dem Entwurfe aber kann diese Frage gar nicht mehr entstehen, weil er einen Sachenbesitz blos annimmt, wenn der Inhaber der Sache zugleich den Willen hat, sie als die seinige zu behandeln, also den abgeleiteten Besitz des Faustpfandgläubigers verwirft.

Der §. 562 spricht beim Nießbrauche an Thieren von dem Falle, wenn das einzelne Thier oder die Heerde „durch Zufall „oder Krankheit, jedoch ohne Verschulden des Nießbrauchers „untergeht." Was soll dieser Gegensatz heißen: Zufall oder Krankheit? Ist denn eine Krankheit, die ohne Verschulden des Nießbrauchers entstand, nicht auch ein Zufall? Und wenn man selbst den eigenthümlichen Begriff von Zufall, von welchem der §. 772 ausgeht (oben S. 128), zu Grunde legen wollte: so ließe

sich doch der Gegensatz in §. 562 nicht rechtfertigen; denn die Krankheit eines Thieres wird ja in vielen Fällen nicht eine Folge menschlichen Thuns oder Unterlassens seyn, also in vielen Fällen sogar nach §. 772 unter den Begriff des Zufalls fallen.

Der §. 635 sagt in seinem zweiten Absatze (den ersten s. oben Not. 61) bei den Folgen des Verzugs: „Im Falle der ver„zögerten Annahme einer Geldschuld wird der Schuldner durch „gerichtliche Hinterlegung derselben von der Zinsenzahlung be„freit (§. 977)." — Bei einem gut gefaßten Gesetze sollte man in der Regel mit Sicherheit das argumentum a contrario anwenden können. Dies ist aber bei dem Entwurfe nur gar zu häufig nicht möglich, weil man sonst auf ein von ihm in der That nicht gewolltes Resultat kommen würde. So verhält es sich auch bei der angeführten Stelle. Wenn diese sagt, daß der Schuldner durch gerichtliche Hinterlegung von der Zinsenzahlung befreit werde: so würde aus dem Setzen dieser einzigen Wirkung der Hinterlegung hervorgehen, daß er blos von der Zinsenzahlung, aber nicht von seiner Schuld überhaupt befreit werde. Dieser Auslegung, die aus den Worten der Stelle sich ergeben würde, wird aber allerdings dadurch vorgebeugt, daß der §. 977 citirt ist, welcher sagt, daß durch die Hinterlegung „der Schuldner von „seiner Verbindlichkeit befreit" werde. Aber bei diesem Grundsatze versteht sich ja dann von selbst, daß er eine Schuld, die er nicht mehr schuldig ist, für die Folgezeit auch nicht mehr zu verzinsen hat. Wollte der §. 635 eine solche überflüssige Bemerkung machen, die aber dann in den §. 977 gehören würde: so sollte sie doch so gefaßt seyn, daß nicht aus den gebrauchten Worten ein unrichtiger Sinn hervorgeht.

Der §. 726 sagt: „Auf Erfüllung eines bestimmten End„zwecks kann nicht geklagt werden, es wäre denn, daß derselbe „ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden ist. Erfüllt dießfalls „derjenige, welchem diese Pflicht obliegt, diese nicht innerhalb des „festgesetzten oder eines angemessenen vom Richter festzustellenden „Zeitraums, so verwirkt er dadurch das Empfangene." Was heißt hier, möchte man zunächst fragen, verwirken? Fällt der Gegenstand von selbst an den Geber zurück, wie man nach der Bedeutung des Wortes verwirken schließen sollte? Ferner: ist es überhaupt zu rechtfertigen, einen solchen Grundsatz nicht blos bei Schenkungen sub modo, sondern ganz allgemein auszuspre-

chen? Endlich: wie verhält sich die Verwirkung des Empfangenen zu dem Rechte, auf die Erfüllung des Endzwecks zu klagen? Soll denn, wie der § seinen Worten nach sagt, jene Verwirkung ganz unbedingt eintreten? Der Entwurf wollte doch wohl dem Berechtigten die Wahl, auf Erfüllung zu klagen oder das Gegebene zurückzufordern, nicht entziehen. Aber wenn er dies nicht wollte: so mußte der §. 726 ganz anders gefaßt werden.

Der §. 739 sagt: „Im Zweifel ist die Auslegung gegen „denjenigen zu machen, welcher eine Ausnahme von dem Ge„setze oder von dem, wozu der Andere sonst berechtigt ist, ver„langt und es wird also eine undeutliche Aeußerung zum Nach„theile desjenigen erklärt, welcher sich derselben bedient hat." — Wie hängt denn hier das „also" mit dem Vorangegangenen zusammen? Weil gegen Den, der eine Ausnahme von der Regel für sich verlangt, im Zweifel die Auslegung zu machen ist: so soll überhaupt eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile Desjenigen ausgelegt werden, welcher sich derselben bedient hat? Diese Consequenz steht durchaus nicht im Zusammenhange mit dem Vordersatze; denn die undeutliche Aeußerung kann ja auch Punkte betreffen, welche nicht unter die Kategorie des Vordersatzes fallen. Es muß daher entweder die Consequenz des § nach dem Vordersatze beschränkt, oder der Vordersatz des § nach der Consequenz ausgedehnt werden. Was von Diesem ist nun aber der Sinn des Entwurfes? Sollte das Letztere, die Ausdehnung, gemeint seyn, der Entwurf also mit manchen Civilisten den Grundsatz aufstellen wollen, daß ein dunkler Vertrag gegen diejenige Parthie auszulegen sey, von welcher die betreffenden unklaren Ausdrücke herrühren, z. B. weil sie den Vertrag verfaßte oder die Anträge dazu machte: so würde dies legislativ sehr bedenklich und nicht zu billigen seyn, auch mit dem bestehenden Rechte nicht übereinstimmen, welches das clarius loqui debuisset mit Recht nur gegen Den anwendet, der sich zu seinem Vortheile Etwas ausbedungen hat.

Der §. 775 sagt: „Wer sich selbst einen Schaden zufügte, kann „nur Ersatz von einem Anderen fordern, wenn diesem durch die un„terlassene Verhütung des Schadens eine Verletzung seiner Oblie„genheit zur Last fällt. —" Ohne Hülfe der Motive wird es schwer seyn, mit Sicherheit zu sagen, was dieser § eigentlich bestimmen will. Zunächst denkt man wohl an den Satz der l. 203 de reg.

juris (quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire), und man könnte glauben, die Ausnahme, die der § macht, sollte den Fall betreffen, für welchen mit Recht das Römische Recht von jenem Grundsatze eine Ausnahme macht, den Fall des Dolus eines Dritten (z. B. l. 45 §. 1 de act. emt. vend.). Allein diese Auslegung geht deßhalb nicht, weil der Entwurf seine Ausnahme nicht blos für den Fall des Dolus, sondern auch für den Fall der Fahrlässigkeit des Dritten macht, für den Fall, wenn dem Dritten überhaupt „eine Verletzung seiner Obliegenheiten" zur Last fällt. Wie soll aber dann die Bestimmung sich rechtfertigen? Nun belehren uns aber die Motive, daß hier an etwas ganz Anderes zu denken sey. Sie sagen nämlich: „Bei §. 775 hat man zunächst Verhältnisse vor „Augen gehabt, wo das eigene Handeln wegen mangelnder „Willensthätigkeit nur als Zufall erscheint, wie bei Geistes„kranken, welche fremder Obhut anvertraut sind." Allein theils möchte man fragen, kann man denn bei einem Geisteskranken von einem Handeln sprechen und kann man denn an einen Geisteskranken, also an einen Handlungsunfähigen denken, wenn in der Weise, wie es der Entwurf thut, von Jemandem gesprochen wird, der sich selbst einen Schaden zufügt? Und was soll denn durch das „zunächst" der Motive angedeutet werden? welche andere Verhältnisse hat der Entwurf außer diesem „zunächst" noch etwa vor Augen? und mußte der § nicht ganz anders sich ausdrücken, als er gefaßt ist, wenn er Das aussprechen wollte, was die Motive sagen?

Der §. 782 sagt: „Wer bei einer Dienstleistung in einem „Nothfalle einen Anderen, welcher mehr geleistet haben würde, „durch seine Schuld daran verhindert hat, ist dafür verantwort„lich. Er kann aber den seinerseits verschafften Nutzen gegen den „verursachten Schaden in Rechnung bringen." — Diese Bestimmung ist für die practischen Folgen gewiß eine sehr mißliche; denn sie könnte leicht einem Bedrängten manche Hülfe in der Noth abschneiden. Außerdem ist sie aber auch höchst ungenau gefaßt. Was heißt denn: „durch seine Schuld einen Dritten, der mehr „geleistet haben würde, daran verhindern?" Was ist hier unter der Schuld zu verstehen? Die Motive sagen, „es lasse sich „Dem, der einem Anderen einen Dienst leistet, allerdings dann „ein Vorwurf machen, wenn er im Nothfalle eine bessere Leistung

„Anderer durch seine Zudringlichkeit verhindert." Aber hier möchte man wieder fragen: was soll hier, in Nothfällen, „Zudringlichkeit" heißen? Wann ist Derjenige, der in Nothfällen mir zu Hülfe kommt, zudringlich? Und kann einem raschen Helfer in der Noth eine Schuld vorgeworfen werden, wenn er mir minder gut hilft, als ein Zuschauer es gethan haben würde, der sich durch die rasch gekommene Hülfe abhalten ließ, sich auch meiner anzunehmen?

Unter der unklaren Rubrik: „Verantwortlichkeit Mehrerer „im Falle der unterlassenen Erfüllung mehrerer Mit„schuldner" sagt der §. 800: „Inwieweit mehrere Mitschuld„ner blos aus der unterlassenen Erfüllung ihrer Verbindlichkeit „zu haften haben, ist aus der Beschaffenheit des Vertrags, je„nachdem sie zufolge desselben Schuldner zur ungetheilten „Hand sind oder nicht, zu beurtheilen." — Auch hier bin ich über den Sinn des § nicht sicher. Er will doch wohl von der Frage handeln, ob, wenn bei mehreren Mitschuldnern die Schuld unerfüllt bleibt, der Eine für die Culpa des Anderen zu haften habe. Allein was soll denn dann mit der Bestimmung gesagt seyn, daß dieses „aus der Beschaffenheit des Vertrags zu beurtheilen" sey, je nachdem sie zufolge des Vertrags Schuldner zur ungetheiten Hand sind ꝛc.? Handelt es sich denn hier blos von Mitschuldnern aus Verträgen? und kann nicht nach dem Entwurfe selbst eine Schuld zur ungetheilten Hand in manchen Fällen ohne allen Vertrag entstehen?

Der §. 804 handelt von der actio de dejectis et effusis und bestimmt, daß Derjenige für den Schaden hafte, „aus dessen „Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache „herabgefallen ist." Was heißt hier: aus dessen Wohnung? Diese Bestimmung ist viel zu ungenau. Man vergleiche nur, was die practischen Römischen Juristen über diese Frage sagen.

Im §. 830 wird gesagt, daß auf die Erben der Geschwächten der Anspruch auf Ausstattung nur dann übergehe, „wenn „dieser schon bei Lebzeiten der Geschwächten durch Vergleich fest„gestellt oder gerichtlich geltend gemacht war." Was heißt gerichtlich geltend gemacht war? welches Stadium des Prozesses ist damit gemeint?

Der §. 835 ist insofern interessant, als die Fassung desselben eine Parallele gibt zu einem berühmten Römischen Volksschlusse,

welcher in ähnlicher Weise ungenau, wie unser §, gefaßt war und dem deßhalb die prätorische Praxis und die Doctrin nachhelfen mußte. Die lex Aquilia, auch bei uns noch die Grundlage des bei Sachbeschädigungen geltenden Rechts auf Ersatz, drückte sich so aus, daß sie ihren Worten nach blos die Fälle umfaßte, wenn unmittelbar durch körperliche Berührung eine Sache vernichtet oder beschädigt wurde (wenn corpore corpori damnum datum war) und deßhalb mußte bald für analoge Erweiterung ihrer Bestimmungen gesorgt werden. In ähnlicher Weise wird es mit §. 835 nöthig seyn. Er sagt: „Wenn fremden körperlichen Sachen ein „Schaden mit Vorsatz zugefügt wurde, so ist der Verletzte selbst „den Werth der besonderen Vorliebe (§. 100) zu fordern berech„tigt." Hier scheint die Erfahrung, die man an der lex Aquilia machte, nicht benutzt worden zu seyn. Wenn Jemand z. B. meinen Vogelbauer vorsätzlich öffnet, um meinen Vogel zu befreien, und er so den Vogel davonfliegen läßt, soll ich hier den Werth der besonderen Vorliebe nicht fordern können? Nach den Worten des §. 835 müßte es verneint werden; denn in diesem Falle ist „fremden körperlichen Sachen ein Schaden" nicht zugefügt worden.[117]

Der §. 892 sagt beim Pfandvertrage: „Wird das Pfand „veräußert, so liegt die etwaige Pflicht der Gewährleistung gegen „den Käufer, welcher bereits bezahlt hat, dem Pfandbesteller, „nicht dem Pfandgläubiger ob, es müßte denn Letzterer den Ver„kauf im eigenen Namen bewirkt oder sich eines Betrugs gegen „den Käufer schuldig gemacht haben." — Was soll hier mit den Worten: „welcher bereits bezahlt hat" gesagt werden? (in den Motiven finde ich nichts darüber). Nach diesen Worten würde der Käufer ein Recht auf Gewährleistung gegen den Verpfänder nur dann haben, wenn er den Kaufpreis wirklich gezahlt hat. Soll ein Käufer, der noch nicht bezahlt hat, gar kein Recht auf Gewährleistung haben? Dies wird doch wohl der Entwurf nicht gemeint haben. Allerdings kann ein solcher Käufer der Klage auf den Kaufpreis eine Einrede entgegensetzen. Allein das Recht

117) Beiläufig könnte auch noch gefragt werden, wie denn der §. 838, welcher von der Verzögerung in Zahlung eines Capitals handelt (s. oben S. 115 Not.) auch unter die Rubrik zu stehen kam, unter welcher der §. 835 steht, unter die Rubrik von Beschädigungen „durch Beschädigung fremder Sachen"?

auf Gewährleistung geht ja selbst nach §. 656 (Abs. 1 a. E.) noch weiter. Soll überhaupt ein Paciscent das Recht auf „Ersatz des wei-„teren Schadens" bei der Eviction verlieren, wenn er noch nicht geleistet hatte? oder soll Dieses blos beim Käufer eines Pfandes gelten? Ich gestehe, über den Sinn dieser Bestimmung auf ein sicheres Resultat nicht kommen zu können; jedenfalls aber, in welchem Sinne man sie auch nimmt, wird sie nicht auf ein befriedigendes Resultat führen; denn der Umstand, ob die Gegenleistung bereits vollzogen ist oder nicht, kann an sich auf das Recht der Gewährleistung nicht von Einfluß seyn.

Der §. 968 sagt: „Will ein Dritter anstatt des Schuldners „mit dessen Einverständnisse die schuldige Zahlung leisten, so muß „sie der Gläubiger annehmen und dem Zahler sein Recht ab-„treten." — Diese Bestimmung ist zu allgemein gefaßt. Denn das durch sie Festgesetzte kann unmöglich bei jeder Zahlung d. h. bei jeder Leistung Dessen, was man zu leisten schuldig ist (§. 966), gelten sollen. Die Motive sagen: „Geschieht die Zahlung [durch einen Dritten] „mit Einverständnisse des Schuldners, so durfte „man dem Gläubiger einen Widerspruch nicht gestatten; denn er „muß sich es gefallen lassen, daß die Zahlung ihm aus der Hand „eines Bevollmächtigten zukommt." Dies ist als Regel ganz richtig; aber man kann doch nicht eine solche Regel in absoluter Allgemeinheit und ohne alle Beschränkung in einem Gesetzbuche aussprechen.

Der §. 984 sagt: „Die Quittungskosten sind gemeinschaftlich zu tragen. Nur wenn die Quittung die Erfüllung eines lediglich auf der einen Seite vortheilhaften Geschäfts betrifft oder das Entstehen besonderer Kosten einen einseitigen Grund hat, fallen die, beziehendlich vermehrten, Kosten diesem Theile allein zur Last." Ich will nicht näher auf die Frage eingehen, ob die in Sachsen bestrittene Frage, auf wessen Kosten Quittungen auszustellen seyen, vom Entwurfe auf eine zu billigende Weise hier entschieden wird, sondern den §. 984 nur als Beispiel der Weise, wie manche §§ gefaßt sind, anführen. Man sieht wohl, was der § bestimmen will; aber ist es zu billigen, wenn ein Gesetzbuch seine Bestimmungen in einer Weise gibt, wie wir sie hier gegeben finden? Der § sagt, daß die Kosten „diesem Theile allein zur „Last fallen," ohne daß vorher von einem „Theile" irgend die Rede ist. Kann man denn sagen: „wenn das Entstehen beson-

„derer Kosten einen einseitigen Grund hat, so fallen die Kosten — „diesem Theile allein zur Last"? Und überhaupt wie gezwungen ist es ausgedrückt, wenn der § sagt, daß „die, beziehend„lich vermehrten, Kosten diesem Theile allein zur Last fallen." Allerdings wird hier in sehr kurzer Weise der Gedanke ausgedrückt, daß je nach der Verschiedenheit der Fälle die Kosten überhaupt oder deren Vermehrung dem einen Theile allein zur Last fallen sollen. Allein sind solche Einschachtelungen, wie wir sie auch sonst noch in manchen §§ z. B. §. 1206 finden, der Sprache eines Gesetzbuches angemessen?

Bei der Compensation sagt der §. 1003: „Was Jemand zu „einem gewissen Zwecke zu fordern hat, kann er, sobald die „Zahlung fällig ist, gegen seine fällige Schuld in Aufrechnung „bringen." — Es wird wohl mit diesem § manchem Leser gehen, wie es mir mit ihm erging; man wird schwer finden, was er eigentlich sagen will. Aus den Motiven sieht man, daß hier von dem Falle die Rede seyn soll, „wenn bei einem Vertrage oder „einer letztwilligen Verfügung ein Zweck vorgeschrieben worden „ist", daß also unter dem „was Jemand zu einem gewissen „Zwecke zu fordern hat", zu verstehen ist eine Forderung, mit welcher die Verpflichtung der Erfüllung einer gewissen Auflage verbunden ist. Kann man aber dieses in den Worten des § finden? Das, was die Motive durch diesen § sagen wollen, ist eine reine Consequenz aus anderen Grundsätzen des Entwurfes und versteht sich von selbst; will man aber Etwas der Art im Gesetze noch ausdrücklich sagen: so sollte man es doch deutlich sagen.

Der §. 1040 sagt: „Wer wissentlich fremde oder gefähr„liche Sachen verschenkt und dem Schenknehmer diesen Umstand „verschweigt, ist nach den Grundsätzen von der Ersatzpflicht für „die nachtheiligen Folgen verantwortlich." Diesem fügt der §. 1041 Folgendes bei: „Gebührt dem Schenkgeber nur ein „Antheil an der verschenkten Sache oder ein Anspruch an die„selbe, so ist die Schenkung nur von diesem Antheile oder „Anspruche zu verstehen." — Wie sollen sich diese beiden §§ in der Weise, wie sie gefaßt sind, mit einander vermitteln lassen? Wenn ich Jemandem eine Sache, die mir gar nicht, auch nicht zu einem Theile gehört, mit dem Bewußtseyn, daß sie mir nicht gehört, schenke: so gilt nach §. 1040 die ganze Schenkung unter

den Parthieen und ich bin dem Beschenkten ersatzpflichtig; wenn ich ihm aber eine Sache, die mir nur zu 1/4 gehört, ganz schenke, mit dem Bewußtseyn, daß mir 3/4 davon nicht gehören: so soll nach §. 1041 die Schenkung nur als zu 1/4 geschlossen zu behandeln, also in Beziehung auf die anderen 3/4 selbst im Verhältnisse der Parthieen zu einander als gar nicht geschehen zu betrachten seyn, obwohl der Schenker die ganze Sache schenkte und der Beschenkte sie in diesem Sinne annahm. Der Beschenkte würde daher, wenn ihm diese 3/4 vom wahren Berechtigten entwährt würden, gegen den Schenker, der ihm wissentlich fremde 3/4 schenkte, nicht auf Ersatz wegen der nachtheiligen Folgen klagen können, während der Schenker, wenn die ganze Sache eine fremde gewesen wäre, nach §. 1040 „nach den Grundsätzen von „Ersatzpflicht für die nachtheiligen Folgen verantwortlich ist.“ In diesen Bestimmungen liegen principielle Widersprüche; auch würde es sich nicht rechtfertigen lassen, daß ein von beiden Parthieen auf den ganzen Gegenstand gerichtetes Rechtsgeschäft dann, wenn dem Leistenden nur ein Theil dieses Gegenstandes gehört, ohne Weiteres blos als auf diesen Theil gerichtet behandelt werden soll. Lag aber, wie es der Fall seyn wird, das Letztere, oder lagen jene principiellen Widersprüche nicht in der Absicht des Entwurfes: so mußte der §. 1041 ganz anders gefaßt werden.

Der §. 1057 bestimmt beim Darlehnsvertrage unter der Rubrik „Uebergang des Eigenthums“ Folgendes: „Sobald der „Borger den ihm als Darlehn zugesicherten Betrag erhalten „hat, wird er dessen Eigenthümer.“ Wie kann man so Etwas in dieser Allgemeinheit aussprechen, und wohin soll es namentlich führen, wenn ein Gesetzbuch einen solchen Satz in dieser Unbedingtheit ausspricht? Gibt es denn nicht viele Fälle, in welchen der Erborger an Dem, was er als Darlehen empfing, das Eigenthum nicht erwirbt? Wollte man aber auf diese Frage mit einer Berufung auf §. 274 und §. 275 Nr. 3 (oben S. 76, 78) antworten: so würde, von Anderem abgesehen, jedenfalls zu entgegnen seyn, daß nicht blos Geld möglicher Gegenstand eines Darlehens ist.

Der §. 1070 sagt: „Der Gläubiger darf sich für die Ge„stundung eines Darlehns, außer dem Betrage oder Werthe der „gesetzlich gestatteten Zinsen, **keinen** anderen Vortheil be-

„dingen.“ — Nach dieser Fassung des § könnte ein Gläubiger für die Gestundung eines Darlehens außer dem Betrage oder Werthe der gesetzlich erlaubten Zinsen sich nicht auch noch ein Pfandrecht oder die Sicherung durch einen Bürgen ausbedingen. So Etwas hat der Entwurf doch wohl nicht festsetzen wollen. Aber wenn er es nicht festsetzen wollte: so muß der § wieder völlig anders gefaßt werden. Denn ein Vortheil, und zwar ein Vortheil außer dem Werthe der gesetzlich erlaubten Zinsen, ist ja auch eine Sicherung durch Pfandrecht oder Bürgschaft, wenn gleich dadurch das Vermögen des Gläubigers nicht vermehrt wird.

Beim Hinterlegungsvertrage sagt §. 1196: „Ein Bewahrer, „welcher zur Entäußerung gegen Entgeld genöthigt wurde, „muß dem Hinterleger das für die anvertraute Sache Erhaltene „herausgeben.“ Auch hier drückt der Entwurf seinen Gedanken sehr ungenau aus; denn was heißt: „gegen Entgelt zur Veräußerung genöthigt werden?“ Die Motive sagen etwas Näheres nicht darüber. Und warum ist dieser Satz blos beim Depositum ausgesprochen? Soll er nicht auch bei anderen Verträgen z. B. beim Commodat gelten?

Der §. 1422 sagt: „Will eine verheirathete Person eine „Ehe eingehen, so hat deßhalb der Ehegatte derselben, ferner „haben Eltern und Vormünder wegen jeden Ehehindernisses das „Recht, der Abschließung zu widersprechen.“

Ich gestehe, daß es mir ganz eigenthümlich sich auszunehmen scheint, wenn gegen das Vorhaben einer Bigamie blos dem Ehegatten und den Eltern ein Einspruchsrecht eingeräumt wird. Zunächst aber erwähne ich dieses § bloß in Betreff der Fassung. Die S. 23 angeführten Berichtigungen nämlich bestimmen, daß in diesem § statt „ferner haben“ zu lesen sey „haben ferner.“ Es scheint aber nicht beachtet worden zu seyn, daß dadurch das „so“ und eben damit der ganze Vordersatz eine ausschließliche Beziehung auf das „haben ferner“ u. s. w. bekommt, und dadurch der § ganz eigen lauten würde. Er lautet nämlich nach der Berichtigung nun so: „Will eine verheirathete Person eine „Ehe eingehen, so hat deßhalb der Ehegatte derselben, haben „ferner Eltern und Vormünder wegen jedes Ehehindernisses „das Recht, der Abschließung zu widersprechen,“ das heißt also: „will eine verheirathete Person eine Ehe eingehen, so . . .

„haben ferner Eltern und Vormünder wegen jeden Ehehinder-„nisses das Recht, der Abschließung zu widersprechen"! Ein Gesetzbuch sollte doch in der Oekonomie des Raumes nicht so weit gehen, um in solcher Weise statt zweier Perioden nur eine zu machen.

Im §. 1509 ist gesagt: „Die ehelichen Kinder erlangen „den Namen ihres Vaters und alle nicht blos persönlichen „Rechte seiner Familie und seines Standes." — Was versteht der Entwurf hier unter „blos persönlichen Rechten der Fa-„milie und des Standes"? Die Motive erklären uns, wie Vieles, so auch Dieses nicht. Wenn es aber blos persönliche Rechte der Familie des Vaters gibt, warum soll das eheliche Kind nicht auch dieser Rechte theilhaftig seyn, da ja ein solches Kind, gerade wie der Vater selbst, auch zu dieser Familie gehört? Wie soll sich eine solche Bestimmung erklären lassen, und was ist etwa dabei gedacht worden?

Eine große Unsicherheit und Schwierigkeit in der Benützung des Entwurfes macht die so häufige absolute Fassung seiner Grundsätze, bei der man Ausnahmen und Beschränkungen nicht ahnt, während man an ganz anderen Stellen auf solche Ausnahmen und Beschränkungen stößt, ohne daß der §, welcher die Regel enthält, auch nur entfernt auf solche Restrictionen aufmerksam macht und nur gar zu häufig auch die Motive es nicht thun. Ich habe hiervon in den vorstehenden Ausführungen schon viele Beispiele angeführt.

Zwar kommt es häufig vor, daß der Entwurf seinem Grundsatze ein „in der Regel" beifügt, also dadurch auf Ausnahmen, die sich an anderen Orten finden werden, im Voraus aufmerksam macht. Allein gewöhnlich deutet er dann doch dabei diese Ausnahmen und die Orte, wo sie zu finden sind, gar nicht an, und es wird auch häufig in den Motiven nicht angedeutet, so daß dadurch eine Orientirung ungemein erschwert wird. Ja in manchen Fällen wird man wohl bei allem Fleiße die Ausnahme schwer oder gar nicht finden. Ich will nur noch ein paar Beispiele anführen.

Der §. 510 sagt: „Alle Dienstbarkeiten kommen darin über-„ein, daß der Besitzer der dienstbaren Sache in der Regel nicht „verbunden ist, Etwas zu thun."

Durch dieses „in der Regel" ist also gesagt, daß es Ausnahmen gebe. Nun hebt aber der Entwurf die einzige Ausnahme, welche das bisherige Recht von dieser Regel kannte, die Erhaltungspflicht der Unterlage bei der servitus oneris ferendi auf (§. 574). Welches sind nun die Ausnahmen, die nach dem Entwurfe von der Regel gelten sollen? Denn die Bestimmung des §. 511 Abs. 2 und des §. 565 ist doch wohl nicht damit gemeint.

Ferner: der §. 338 bestimmt, daß zur Uebertragung des Eigenthums von einem bisherigen auf einen neuen Eigenthümer ein dazu geeigneter Titel und Uebergabe der Sache erfordert werde (vgl. oben S. 30), und dann fährt der §. 339 so fort: „Der Titel liegt in einem Vertrage, in einer Verfügung auf den „Todesfall oder in dem richterlichen Ausspruche, gewährt aber, „außer den durch das Gesetz bestimmten Fällen, an sich „kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht."

Ich will nicht näher darauf eingehen, daß auch hier der Entwurf und die Motive (zu §. 338) einer älteren Ansicht folgen, die weder im bestehenden Rechte noch in der Natur der Sache begründet ist und in unsrer Zeit wohl wenig Anhänger mehr finden wird, der Ansicht, als ob zum Erwerbe des Eigenthums durch Uebergabe stets ein der Uebergabe vorangehender Titel, eine justa causa praecedens in diesem Sinne, nöthig sey (s. auch §. 272, von dem unten noch die Rede seyn wird). Was sind aber, möchte man fragen, die durch Gesetz bestimmten Fälle, in welchen ein solcher Titel nicht blos ein persönliches, sondern ein dingliches Recht, also doch wohl, wie man als Sinn des Entwurfes in dieser Verbindung wird annehmen müssen, das Eigenthum geben soll? Wenn es solche Ausnahmefälle nach dem Entwurfe geben soll: so mußte er seinen §. 338 ganz anders fassen; denn dieser verlangt ja zur Uebertragung des Eigenthums ganz allgemein nicht blos einen Titel, sondern auch Uebergabe der Sache. Aber welches sind denn die Ausnahmefälle? Die Motive zu §§. 338 und 339 sagen nichts darüber; vielmehr müßte man nach ihnen annehmen, daß es gar keine solche Ausnahmefälle gebe, da sie blos von der Nothwendigkeit der Vereinigung beider Erfordernisse (Titel und Uebergabe) sprechen. Sind etwa damit die Fälle des sog. transitus legalis dominii gemeint? Dies ist wohl anzunehmen. Aber dann ist die Sache in einer sehr ungeeigneten Weise ausgedrückt. Wenn etwa z. B. der

Fall des §. 2013, der aber durch §. 2015 wesentlich zu beschränken ist, hierher gehören sollte (vgl. die folg. Note S. 242), könnte man wohl von diesem Erwerbe des Eigenthums durch Antritt der Erbschaft sagen, daß hier durch den zur Uebertragung des Eigenthums geeigneten Titel das Eigenthum erworben werde, besonders da der §. 339 sagt: der Titel liege „in einem Vertrage, in einer Verfügung auf den Todesfall oder in dem richterlichen Ausspruche"?

Was diese Fragen der Uebersichtlichkeit betrifft, so sollte man doch von den Abschnitten, welche ein ganzes Rechtsinstitut zu entwickeln die Aufgabe haben, erwarten dürfen, daß man die vollständige Entwicklung des Instituts in ihnen findet oder daß, so weit von dem in ihnen Gesagten erst in anderen Abschnitten Ausnahmen vorkommen, wenigstens eine Hindeutung auf solche Ausnahmen gegeben wird. Allein auch dieses ist nicht immer der Fall. So sollte man z. B. in dem Abschnitte, welcher von der Unterbrechung der Verjährung handelt und die Unterbrechungsgründe aufzählt, doch annehmen dürfen, daß diese Unterbrechungsgründe vollständig aufgezählt werden (§§. 191—196); aber dieses ist nicht der Fall; denn in einem späteren Abschnitte, bei den §§ über Pfändung, finden wir noch einen weiteren Unterbrechungsgrund (§. 297), und bei der erlöschenden Verjährung findet sich ebenfalls noch ein besonderer Unterbrechungsgrund.

In manchen Fällen will der Entwurf eine Uebersichtlichkeit geben; aber er gibt sie öfters gerade in Punkten, in welchen er die Zusammenstellung füglich der Schule überlassen könnte, und er gibt sie dabei so unvollständig, daß sie durch den Schein der Uebersichtlichkeit täuschend wird und irre führen muß und es weit besser gewesen wäre, wenn er sie ganz weggelassen hätte.

So enthält z. B. der §. 272, der einzige § unter der Rubrik „von der Erwerbung des Eigenthums im Allgemeinen", Folgendes: „Eigenthum wird erworben durch Zuwachs, durch Zueig„nung, durch Uebergabe in Folge eines zur Erlangung des „Eigenthums tauglichen Titels, durch Erbrecht und durch Er„sitzung. Inwieweit dem redlichen Besitzer Nutzungen einer „fremden Sache gehören, findet sich §§. 144 und 145 bestimmt."

Was soll, möchte man fragen, eine solche Uebersicht? Zunächst ist einer der wichtigsten Fälle der Eigenthumserwerbung ganz übergangen, der einzige Fall (nach §. 279), wie Grundeigenthum erworben werden kann, die Erwerbung durch Eintra=

gung in das Grundbuch. Dieses Uebergehen erklärt sich wohl daraus, daß der Entwurf diesen Eigenthumserwerb unter die Rubrik des Erwerbes durch Uebergabe stellt, während er freilich in einem späteren § selbst sagt, daß in diesem Falle die Uebergabe etwas für die Eigenthumserwerbung ganz Indifferentes, somit der Fall keine Eigenthumserwerbung durch Uebergabe sey. Dann möchte man fragen, was denn eine Eigenthumserwerbung durch „Erbrecht" heißen soll. Durch Erbrecht erwirbt man selbst nach dem Entwurfe kein Eigenthum, sondern es ist nur der Weg, welcher in manchen Fällen zur Eigenthumserwerbung führen kann; die Erwerbung selbst aber geschieht nach dem Entwurfe bei Fahrniß durch Antritt der Erbschaft, bei Liegenschaften durch Eintrag in das Grundbuch. Endlich erfährt man aus den Motiven zu §. 272, daß es noch andere Eigenthumserwerbarten geben soll, die in dieser Aufzählung gar nicht enthalten sind; denn sie sagen: „die Fälle, wo nach zeitherigem Rechte durch Adjudication in judiciis divisoriis Eigenthum erworben wurde, schlagen in die beiden letzten Abschnitte dieser Abtheilung [d. h. der Abtheilung vom Eigenthum] ein." Die Motive scheinen also den Eigenthumserwerb durch adjudicatio, wie er nach dem bisherigen Rechte gilt, beibehalten zu wollen. Allein warum ist er dann nicht in der Uebersicht des §. 272 angeführt? Uebrigens finde ich weder in den angezogenen beiden letzten Abschnitten noch sonst im Entwurfe von diesem Eigenthumserwerb durch adjudicatio Etwas gesagt. Wie soll es aber nun mit ihm gehalten werden, da das Gesetz seiner gar nicht erwähnt und der Entwurf doch sonst, wenn er ein Institut des bisherigen Rechts mit Stillschweigen übergeht, damit andeuten will, daß es aufgehoben seyn soll? Der letzte Abschnitt dieser Abtheilung spricht allerdings von einem richterlichen Erkenntnisse bei Theilung des Miteigenthums; allein es sagt gar nichts darüber, ob dieses richterliche Erkenntniß die Wirkung hat, sofort das dingliche Recht des Eigenthums an den zugetheilten Gegenständen zu übertragen. Soll also der Eigenthumserwerb durch adjudicatio, da das Gesetz nichts darüber sagt (vergl. auch §. 339), aufgehoben seyn? — Die Motive sagen ferner: „Will man in besonderen Fällen noch einen transitus legalis dominii beibehalten, so werden diese des Zusammenhanges „wegen besser in den besonderen Bestimmungen erwähnt." Also scheint hiernach der Entwurf noch weitere Eigenthumserwerbar-

ten anzunehmen[118], die aber nicht einmal in den Motiven näher angedeutet werden und in der Uebersicht des §. 272 nicht angeführt sind. Was soll nun eine solche Uebersicht in einem Gesetze heißen, wenn sie keine ist d. h. wenn sie nicht vollständig ist, und wenn sie, wie sie gegeben wird, den Leser nothwendig irre führen muß? Würde der § doch wenigstens seiner Uebersicht beifügen, daß es auch noch andere Eigenthumserwerbfälle gebe, also sagen: „das Eigenthum wird erworben durch Zuwachs, durch Zueignung, durch u. s. w. und durch noch andere Erwerbarten," so würde zwar eine solche Uebersicht von wenig Werth seyn und namentlich in solcher Weise nicht in ein Gesetzbuch gehören[119]; sie würde aber doch nicht irre führen, weil dann der Leser darauf aufmerksam gemacht würde, daß er im § eine vollständige Aufzählung der Erwerbarten nicht zu erwarten habe.

In ähnlicher Weise gibt uns in anderer Beziehung der Entwurf eine solche Uebersicht in §. 408. Er sagt vom Miteigenthum: „es gründet sich auf ein zufälliges Ereigniß, ein Gesetz, „einen letzten Willen, einen Vertrag oder Ersitzung." — Ich muß wieder bekennen, daß ich unsicher darüber war, was überhaupt mit dieser Aufzählung gesagt werden sollte. Allein die Motive klären darüber auf, indem sie sagen: „zugleich hat man in die„sem § die verschiedenen Arten, wie ein Miteigenthum entstehen „kann, im Allgemeinen bezeichnet, jedoch dabei die hierauf ge„gründete Eintheilung der communio der Doctrin überlassen".

Es würde doch wohl besser gewesen seyn, wenn der Entwurf „die verschiedenen Arten, wie ein Miteigenthum entstehen kann, im Allgemeinen zu bezeichnen" ebenfalls der Doctrin überlassen

---

118) Die Motive wollen doch wohl durch jene Bemerkung nicht sagen, daß von den im §. 272 angeführten Fällen keiner zu den Fällen des transitus legalis dominii gehöre. Denn sonst möchte man z. B. fragen, ob die Erwerbung „durch Erbrecht", also die Eigenthumserwerbung an Fahrniß durch Antritt der Erbschaft kein transitus legalis seyn solle? Was verstehen dann die Motive unter dem transitus legalis dominii? Oder rechnen sie diesen Fall deßhalb nicht zu demselben, weil nach dem Entwurfe durch den Erbschaftsantritt der Besitz erworben wird? Aber wie verhält es sich dann mit dem ebenfalls angeführten Zuwachse?

119) Ein Beispiel dieser Art kommt wirklich im §. 638 vor. Hier wird von der Zinsverbindlichkeit gesagt: sie beruhe „auf Vertrag, letztwilliger Verfügung „und auf den über die Ersatzpflicht geltenden, sowie sonstigen besonderen „gesetzlichen Vorschriften."

hätte, namentlich statt sie in der Weise zu bezeichnen, wie es im §. 408 geschieht. Es sollen also durch diese Uebersicht des §. 408 die verschiedenen Veranlassungen bezeichnet werden, durch welche man zu Anderen in das Verhältniß eines Miteigenthümers kommen kann. Aber meines Wissens werden diese Veranlassungen von keinem unsrer bewährteren Civilisten auf die Weise eingetheilt, wie es der Entwurf thut. Das Moment, auf das es bei dieser Frage ankommt, ist, ob die Gemeinschaft auf dem Willen und der Absicht Derjenigen beruht, welche in das Gemeinschaftsverhältniß zu einander kommen, oder ob dies nicht der Fall ist, und so unterscheidet man die in Folge eines dieselbe bezweckenden Vertrages entstandene communio von der s. g. communio incidens, von der auf andere Weise entstandenen. Welche Bedeutung sollen aber die anderen Gegensätze des §. 408 für das Rechtsverhältniß an sich irgend haben? Und kann man überhaupt zufällige Ereignisse, Gesetz, letzten Willen und Vertrag (wohin nicht blos der die Communion bezweckende Vertrag der Interessenten, sondern auch eine von einem Dritten gemachte Schenkung an Mehrere gehören würde) in dieser Weise einander entgegensetzen? Wenn z. B. der Wein verschiedener Eigenthümer „ohne ihren übereinstimmenden Willen" vermischt wird: so entsteht nach §. 294 an dieser Mischung „für „die Betheiligten ein Miteigenthum." Diese Vermischung ist für diese Betheiligten ein Zufall (selbst wenn wir den Begriff vom Zufall, den der §. 772 aufstellt, zu Grunde legen wollen, kann sie wenigstens in manchen Fällen bloßer Zufall seyn). Soll man nun diesen Fall unter das „zufällige Ereigniß" des §. 408 reihen, weil das Miteigenthum durch einen Zufall entstanden ist, oder soll man es unter das „Gesetz" des §. 408 reihen, weil das Miteigenthum in Folge der gesetzlichen Bestimmung des §. 294 entsteht?

Schon aus der vorstehenden Ausführung ergibt sich, daß der Entwurf, obgleich in anderen Beziehungen zu kurz und lückenhaft, doch von der anderen Seite Manches enthält, was er lediglich der Schule hätte überlassen sollen, und daß er Dieses noch dazu mitunter in einer Weise gibt, welche von der Schule nicht nachgeahmt werden dürfte. Ein anderes Beispiel kam schon S. 130 vor. Hier will ich noch einige weitere Belege beifügen.

Ein solches Beispiel tritt uns gleich in §. 1 entgegen. Der Entwurf beginnt nämlich mit einem „Begriffe des bürgerli-

16*

„chen Rechts“ und diesen bestimmt er dahin: „Der Inbegriff der „Gesetze, wodurch die Rechte und Pflichten der Einwohner des „Staats unter sich (Privatrechte und Pflichten) bestimmt wer= „den, macht das bürgerliche Recht in demselben aus.“

Der Entwurf ging also nach dem Vorgange des Oesterrei= chischen Gesetzbuches davon aus, daß ein Gesetzbuch gleich an der Spitze in einer Definition seinen Gegenstand bestimmen müsse. Ich gestehe, daß ich in dieser Beziehung anderer Ansicht bin, daß ich eine solche Begriffsbestimmung nicht für Aufgabe eines Ge= setzbuches halte, wie z. B. auch die Deutschen Strafgesetzbücher der neueren Zeit es nicht für nöthig hielten, mit einer Definition des Straf= oder des Criminalrechts zu beginnen. Zwar bemer= ken die Motive: „indem man den Begriff des Privatrechts „feststellte, bezweckte man dadurch zugleich eine Abgrenzung die= „ses Gesetzbuchentwurfs nach seinem Inhalte.“ Allein was soll eine solche Abgrenzung durch eine Definition im Gesetzbuche? Theils gibt der Entwurf keineswegs „den Inbegriff der Ge= „setze, wodurch die Rechte und Pflichten der Einwohner des „Staats unter sich bestimmt werden,“ da er sehr vieles zum Privatrechte Gehörige ganz übergeht; anderentheils muß aller= dings der Verfasser des Gesetzes über jene Abgrenzung mit sich einig seyn, ein Gesetzbuch aber gibt sie nicht durch eine Defini= tion, sondern — durch seinen Inhalt.

Jedenfalls aber hätte der Entwurf nicht die Definition des Oesterreichischen Gesetzbuches adoptiren sollen. Hält man je eine solche Definition in einem Gesetzbuche für nöthig: so sollte sie doch richtiger seyn und nicht gleich mit den nächsten Paragraphen und Abschnitten des Gesetzbuches im Widerspruche stehen. Soll denn „bürgerliches Recht“ blos dasjenige Recht seyn, durch welches „die Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter „sich“ bestimmt werden? Zwar kann man Städte, Dörfer, milde Stiftungen u. s. w. gewissermaaßen noch zu den Einwohnern eines Staates rechnen, weil sie gewisser Verhältnisse wegen ein ju= ristisches Domicilium haben müssen, und so könnte man daher das Privatrecht der genannten juristischen Personen noch unter das bür= gerliche Recht des Entwurfes bringen. Aber ich möchte gegen jene Definition des Privatrechts, für welche in unsrer Zeit doch wohl Wenige bereit seyn werden, in die Schranken zu treten, nur an zwei Momente erinnern. Unstreitig kann auch der Staat in

privatrechtlichen Verhältnissen stehen, z. B. wenn er eine Sache verkauft, eine Domäne verpachtet, ein Darlehen aufnimmt, wie es der Entwurf selbst mehrfach anerkennt (s. z. B. §. 618). Kann man aber die Privatrechtsverhältnisse des Staates unter die Definition des §. 1, unter die Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bringen? Ferner können der Staat und seine Einwohner auch zu Auswärtigen in reinen Privatrechtsverhältnissen stehen (§. 7 ff.). Wenn man nun auch den Fremden, der sich in Sachsen vorübergehend aufhält, noch zu den Einwohnern des Staates (freilich sehr uneigentlich) rechnen will: so ist dies doch nicht möglich bei einem Fremden, der sich gar nicht in Sachsen befindet. Wie ist es daher z. B. wenn ein Fremder vom Auslande aus durch Correspondenz Verträge mit Einwohnern Sachsens schließt? Das Verhältniß, in welches er dadurch mit diesen tritt, ist doch ein Privatrechtsverhältniß, und zwar ein Verhältniß, das wenigstens in gewissen Beziehungen, wenn es in Sachsen zur Sprache kommt, nach den Normen des Sächsischen Rechts zu entscheiden ist. Wenn man dieses zugibt, wie es wohl Jeder thun wird, wie steht es dann mit der Definition des §. 1, nach welcher sich das Sächsische bürgerliche Recht blos auf Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich beziehen soll?

Den Begriff des erworbenen Rechts sollte doch wohl ein Gesetzbuch ebenfalls der Schule zu bestimmen überlassen. Die Gesetzgebung hat zu bestimmen, was zur Erwerbung der einzelnen Rechte gehört; wann aber ein Recht ein erworbenes zu nennen sey, das ist ein Resultat, dessen Ziehung der Schule angehört, womit aber keineswegs ausgeschlossen ist, daß das Gesetz bei einzelnen Fragen (z. B. bei der Frage über s. g. Rückwirkung der Gesetze) über gewisse Rechte näher bestimme, ob und mit welchen Wirkungen sie im Verhältnisse zu solchen Fragen für erworbene Rechte gelten. Will aber je ein Gesetzbuch jenes Resultat selbst in einem allgemeinen Satze ziehen: so sollte es doch wohl anders geschehen, als es im Entwurfe geschieht. Dieser sagt nämlich unter der Rubrik „Erworbene Rechte" in §. 103: „Fragt es sich, ob „Rechte für erworben zu erachten sind, so ist dies bei denjenigen, „welche unmittelbar aus den Gesetzen entspringen, alsdann „anzunehmen, wenn alle Umstände vorhanden sind, deren Dasein „zum Bestehen eines solchen Rechts vorausgesetzt wird. Dafern

„aber die Entstehung eines Rechts noch besonders durch eine „Handlung bedingt wird, so ist es erst durch diese Handlung er„worben."

Dieser § macht einen Gegensatz zwischen zwei Hauptclassen der Rechtserwerbung. Allein was er von der ersten Classe sagt, gilt ja vollkommen ebenso von seiner zweiten Classe. Auch in den Fällen, in denen „die Entstehung eines Rechts noch besonders von einer Handlung bedingt" ist, gehört zur Rechtserwerbung nicht mehr und nicht weniger, als daß „alle Umstände vorhanden sind, deren Dasein zum Bestehen eines solchen Rechts vorausgesetzt wird." — Was soll durch eine solche Bestimmung im Gesetze gesagt werden? Sie sagt doch in der That nichts weiter, als — ein Recht ist erworben, wenn Alles eingetreten ist, was das Gesetz zur Erwerbung des Rechts erfordert. Soll aber dieses in einem Gesetzesartikel gesagt werden? Und was wird irgend damit gewonnen? Nehmen wir nur ein Beispiel. Die ganze wichtige und viel bestrittene Frage über das Verhältniß neuer Gesetze zum früheren Rechte erledigt der §. 4 mit folgender Bestimmung: „Gesetze haben, insofern etwas Anderes nicht „ausdrücklich bestimmt ist, auf vorher gegangene Handlungen „und auf vorher erworbene Rechte (§. 103) keinen Einfluß." Werden durch diese Bestimmung und ihre Berufung auf §. 103 die vielen Controversen, welche über die genannte Frage herrschen, auch nur irgend beseitigt? — Ueberdies ist der §. 103 sehr unbestimmt gefaßt. Was ist denn ein „unmittelbar aus den Gesetzen entspringendes" Recht und zwar in dem einzigen Gegensatze, den hier der Entwurf macht, im Gegensatze zu einem in seiner Entstehung noch besonders durch eine Handlung bedingten Rechte? Ist hier Handlung im wirklichen und wahren Sinne genommen (vergl. oben S. 231), und ist dabei eine Handlung irgend einer Person überhaupt oder blos eine Handlung des Erwerbers, und letzteren Falls eine auf den Erwerb gerichtete gemeint?

Zwar ist es an sich gleichgültig, wie man diese Fragen beantworten mag; denn der ganze § bleibt an sich gleich müßig, da es sich jedenfalls von selbst versteht, daß ein Recht nur dann für erworben zu erachten ist, wenn alle Umstände vorhanden sind, deren Daseyn nach den Gesetzen zur Entstehung des Rechts erfordert wird. Allein wenn es sich von dem Sinne des §. 103 an sich handelt: so müßte man jene Fragen aufwerfen, um so mehr, als

der Entwurf an anderen Stellen den Erwerbungen „unmittelbar aus dem Gesetze" nicht Handlungen überhaupt, sondern nur gewisse Handlungen entgegengesetzt.

Dieß ist z. B. der Fall im §. 666, welcher sagt: „Eine Person „ist einer anderen entweder unmittelbar aus dem Gesetze oder aus „einem Vertrage oder wegen einer Beschädigung zu einer „Leistung verpflichtet." Auch dieser § gehört der Schule an. Man sieht nicht ein, was damit gewonnen seyn soll, daß so Etwas das Gesetz ausspricht. Aber abgesehen hiervon, wie ist der Gegensatz im §. 666 zu vermitteln mit dem Gegensatze im §. 103? Wenn bei Rechten überhaupt (nach §. 103) der Umstand, daß die Entstehung des Rechts „noch besonders durch eine Handlung bedingt ist", den Gegensatz bildet zu der Erwerbung „unmittelbar aus den Gesetzen" und diese durch jenen Gegensatz bestimmt wird: so muß auch bei den einzelnen Rechten, also auch bei den persönlichen Rechten das Gleiche gelten. Soll also Vertrag und Beschädigung im §. 666 dasselbe bezeichnen, was im §. 103 durch Handlung bezeichnet wird? Soll somit z. B. die Erwerbung einer Forderung durch versio in rem eine Erwerbung „unmittelbar aus dem Ge„setze" seyn (nicht eine Erwerbung, die „noch besonders durch „eine Handlung bedingt ist"), da die versio in rem weder ein Vertrag noch eine Beschädigung ist? — Was aber noch besonders den §. 666 betrifft: werden denn die Entstehungsgründe der Obligationen irgend erschöpft durch die Aufzählung des §. 666, durch Gesetz, Vertrag (nicht Rechtsgeschäft), Beschädigung? Es ist hier doch wohl nicht an eine Parallele der Römischen Eintheilung in Contract, Delict und variae causarum figurae gedacht? Unter welche jener Kategorieen soll man denn Obligationen bringen, welche aus Rechtsgeschäften, die keine Verträge sind, entspringen, aus Testamenten, aus Geschäftsführung ohne Auftrag rc. Ferner unter welche Kategorie soll man die Verbindlichkeit des §. 671 a. E. bringen, welcher schon aus einem einseitigen Versprechen eine Verbindlichkeit entspringen läßt? Sollen diese Obligationen unter die unmittelbar aus dem Gesetze entspringenden fallen? Wenn aber der Entwurf dies nicht meinte, wenn er also z. B. die durch negotiorum gestio, versio in rem, Erbschaftsantritt rc. begründeten Obligationen nicht unter die unmittelbar aus dem Gesetze entspringenden zählt, unter welche Kategorie des §. 666 sollen sie dann fallen? Sie fallen dann unter—

keine. Dies gibt der Entwurf gleich im folgenden § selbst zu und gibt damit eigentlich zu, daß sein §. 666 unvollständig ist.

Der Entwurf fügt nämlich dem eben erwähnten § gleich einen zweiten bei, welcher eine Uebersicht enthält, die wieder lediglich der Schule oder vielmehr einem Register angehört. Der §. 667 sagt unter der Rubrik „Anordnung des Folgenden": „In Folgendem wird zuerst von Verträgen, dann von der „Geschäftsführung ohne Auftrag und von der Verwendung „zum Nutzen eines Anderen, hierauf von widerrechtlichen „Handlungen und der Ersatzpflicht gehandelt. Die Fälle, in „welchen Jemandem unmittelbar von dem Gesetze ein per„sönliches Sachenrecht ertheilt wird, sind an den gehörigen Orten „angegeben." Wie stimmt nun diese Aufzählung mit der des §. 666? Im §. 666 Vertrag, Beschädigung, Gesetz, — im §. 667 Vertrag, negotiorum gestio, versio in rem, Delict, Gesetz; und auch Letzteres ist nicht einmal vollständig. Ueberdies möchte man bei §. 667 die Frage wiederholen: was sollen solche §§ in einem Gesetzbuche? was ist denn damit gewonnen, daß so Etwas der Gesetzgeber ausspricht?

Der §. 134 sagt: „Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des „Besitzes muß im Falle eines Rechtsstreits durch richterlichen „Ausspruch entschieden werden." — Gehört eine solche specielle Bemerkung in ein Gesetzbuch? Im Falle eines Rechtsstreites muß alles Bestrittene, soweit es für die Entscheidung des Rechtsstreites von Bedeutung ist, durch richterlichen Ausspruch entschieden werden; dies ergibt sich aus dem Capitel über Rechtsverfolgung. Allein ganz eigen wäre es, wenn man diesen Satz bei jedem einzelnen Rechtsverhältnisse wiederholen wollte. Wenn man aber Dieses mit Recht nicht thut, was soll es dann heißen, ihn blos bei einer besonderen Beziehung, bei der Redlichkeit des Besitzes auszusprechen? was soll denn irgend damit gesagt seyn, oder wenn etwas Besonderes im Gegensatze zu anderen Verhältnissen damit gesagt seyn sollte, wäre es richtig?[120]

Der §. 63 sagt: „Die Sachen im Staatsgebiete, soweit sie „Gegenstände des Eigenthums (nach den S. 23 angef. Berich-

120) Eine Verneinung einer praesumtio doli konnte nicht dadurch ausgesprochen werden wollen, da der § ausdrücklich beifügt: „im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes".

tigungen: Vermögens) „sein können, sind entweder Staats- oder „Privatgut." Gehört, möchte man fragen, ein solcher § in ein Gesetzbuch? —

Der §. 712 sagt bei der Lehre von den Bedingungen: „Die „Bedingung ist bejahend oder verneinend, je nachdem sie sich auf „den Erfolg oder Nichterfolg des [zur Bedingung gemachten] „Ereignisses bezieht." Auch solche Erklärungen gehören doch wohl nicht in ein Gesetzbuch, sondern sind lediglich der Schule zu überlassen. Uebrigens möchte man auch, was die Erklärung selbst und die Definition der Bedingung betrifft, nicht mit Unrecht die Frage aufwerfen, ob man den Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses durch Erfolg oder Nichterfolg eines Ereignisses, wie es der Entwurf thut, bezeichnen kann. Erfolg eines Ereignisses bezeichnet doch wohl nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche etwas Anderes, nämlich seine Wirkungen.

Der §. 1031 sagt in seinem ersten Absatze von den besonderen Arten der Verträge: „Nach ihrem Zwecke sind sie auf Ueber- „tragung der Sache selbst, wie die Schenkung, das Darlehn, „der Kauf, der Tausch; auf Uebertragung nur der Benutzung, „wie der Leihvertrag, die Miethe und der Pacht, oder auf Be- „wahrung einer Sache, Besorgung eines Geschäfts oder andere „Dienstleistungen gerichtet." Gehört eine solche Uebersicht in ein Gesetzbuch?

Der §. 1056 sagt, daß die Sachen, welche Gegenstand eines Darlehens sind, vertretbar seyn müssen. Damit ist von selbst gesagt, daß das Darlehen in Geld oder in anderen vertretbaren Sachen, daß es in gemünztem oder in Papiergeld oder in öffentlichen Creditpapieren, die ja auch vertretbare Sache sind, bestehen kann. Solche Beispiele und Erläuterungen kann die Schule dem Begriffe des Darlehens beifügen; aber läßt es sich rechtfertigen, wenn ein Gesetzbuch es thut? Dies thun aber die §§. 1058 und 1059; denn sie fügen dem Begriffe des Darlehens, in welchem gesagt ist, daß das Darlehen vertretbare Sachen zum Gegenstande habe, bei: „Ein Darlehn wird entweder in „Geld oder in anderen vertretbaren Sachen und zwar ohne „oder gegen Zinsen gegeben. Ein Gelddarlehn kann baare „Münze, Papiergeld oder öffentliche Creditpapiere zum Gegen- „stand haben."

Der §. 1211 sagt unter der Rubrik: „Eintheilung der Be„vollmächtigungsverträge: 2. in mündliche und schriftliche" Folgendes: „Bevollmächtigungsverträge können mündlich oder schrift„lich geschlossen werden. Die von dem Machtgeber dem Macht„haber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt." Hier möchte man fragen: ist denn der Bevollmächtigungsvertrag ein verschiedener, jenachdem er mündlich oder schriftlich geschlossen wird? und gilt dies nicht ebenso auch beim Kaufe, bei der Miethe und bei den meisten anderen Verträgen, und müßte dann nicht diese unnöthige Bemerkung bei jedem Vertrage wiederholt werden? Genügt nicht vielmehr eine allgemeine Bemerkung bei der Form der Verträge, wie sie ja schon der §. 705 enthält, und muß man nicht auf eine ganz irrige Auffassung kommen, wenn bei dem Bevollmächtigungsvertrage dieses noch besonders gesagt wird, indem man glauben müßte, es soll damit etwas ganz Besonderes für diesen Vertrag gesagt seyn? Auch ist die Eintheilung, wenn man überhaupt den Vertrag nach der Weise, in welcher dabei der Wille erklärt wird, eintheilen will, nicht einmal vollständig (vgl. §. 673).

Der §. 1427 sagt: „Die Rechte und Verbindlichkeiten der „Ehegatten gründen sich auf das Gesetz oder auf Verabredungen. „Sie betreffen theils das persönliche Verhältniß, theils das Ver„mögen." Auch hier, wie bei noch manchen anderen §§ des Entwurfes, möchte ich die obigen Fragen wiederholen. Was sollen solche §§ in einem Gesetzbuche? Solche Aufzählungen hat der Gesetzgeber lediglich der Schule zu überlassen.

Was die Terminologie des Entwurfes betrifft, so verdient es gewiß alle Anerkennung, daß er sich bemüht, überall eine Deutsche Terminologie festzuhalten, beziehungsweise einzuführen. Allein in der Wahl seiner Terminologie ist er keineswegs immer glücklich, und namentlich macht er es nicht selten mit längst eingebürgerter Terminologie, wie mit unsrem bestehenden Rechte; er ändert sie ohne genügende Gründe. Belege hierfür kamen schon früher vor (z. B. S. 104, 108 f., 110 f., 142, 182) und könnten noch manche angeführt werden.[121] Ich will mich hier nur

121) Namentlich auch aus dem Erbrechte. Aus diesem will ich nur die Bezeichnung **Erbstellvertreter** für den Nacherben (Substituten) anführen.

auf einige beschränken. Warum vermeidet er z. B. den technischen Ausdruck Schatz, welcher längst eingebürgert und einer Mißdeutung nicht ausgesetzt ist und setzt an seine Stelle den weit weniger bezeichnenden Ausdruck verborgene Sachen? Die Motive zu §. 331 halten es zur Vermeidung von Mißverständnissen für nöthig, den Ausdruck Schatz gänzlich fallen zu lassen und überall geflissentlich zu vermeiden. Allein sie argumentiren nur aus einer unrichtigen Definiton, welche Manche vom Schatze geben (die aber in neuerer Zeit doch wohl beinahe allgemein aufgegeben ist); aus diesem Argument aber würde blos folgen, daß man den Begriff besser bestimmen, nicht aber, daß man die gute Bezeichnung aufgeben sollte. — Ferner verwirft der Entwurf durchaus die Bezeichnung Frucht und setzt statt derselben überall Erzeugniß. Die Motive zu §. 96 führen dafür den Grund an: „weil das Deutsche Wort Frucht für gewisse Arten von Pro„ducten nicht paßt." Allein ist dies wohl richtig und paßt denn das Wort Erzeugniß mehr? Die Motive fahren noch so fort: „Nicht minder hat man von den gewöhnlichen Eintheilungen ab„gesehen, weil sie sich zum Theile von selbst verstehen, zum Theile „nach dem Sprachgebrauche unwichtig [unrichtig?] sind und in „materieller Beziehung zu Irrthümern Veranlassung gegeben ha„ben. Das Letztere gilt namentlich von den fructibus civilibus „und den fructibus percipiendis, indem erstere gar keine Früchte „sind und letztere auf einer Fiction zum Behufe der Entschädi„gung beruhen." — Allerdings soweit eine Eintheilung sich von selbst versteht, soll sie im Gesetzbuche nicht an- oder ausgeführt werden. Aber auffallen muß die Bemerkung über bürgerliche Früchte und über ziehbare und vernachlässigte Früchte, besonders da, was letztere Früchte betrifft, der §. 151 sagt, daß der unredliche Besitzer die „vernachlässigten Nutzungen" zu erstatten habe. Hier erkennt ja der Entwurf ausdrücklich fructus percipiendi an, und was will er denn gewinnen, wenn er mit Unrecht die bürgerlichen Früchte verwirft, aber doch Das, was unser Recht unter bürgerlichen Früchten versteht, unter seinen Nutzungen begreift und sie im Wesentlichen ganz wie die Früchte einer

---

Jenes lange Wort ist gewiß nicht besser, als die Bezeichnungen, an deren Stelle der Entwurf (der sich überdieß des Kunstworts Substitution bedient) sie setzt; und dabei deutet es noch dazu etwas Unrichtiges an.

Sache, also als bürgerliche Früchte behandelt? Auch wird man die Weise, wie er diese Nutzungen näher bestimmt, eine gelungene nicht nennen können. Er sagt nämlich in §. 97: „Außer dem Vor„theile des Gebrauchs der Sache selbst, begreifen sie [die Nutzun„gen] in sich: 1. die Erzeugnisse aus der Sache, 2. was Andere „dem Besitzer der Sache wegen dieser zu leisten haben." Das Letztere ist sehr ungenau ausgedrückt und mehrdeutig; es soll aber dadurch wohl Das, was wir bürgerliche Früchte nennen, bezeichnet werden, wie sich auch aus §. 98 Nr. 2 ergibt. Allein kann man denn z. B. die dort angeführten Capitalzinsen Etwas nennen, was Andere dem Besitzer der Sache wegen dieser zu leisten haben? Welche Hauptsache besitzt denn beim Zinsenbezuge der Gläubiger? soll man hier den Besitzbegriff auf das Capital anwenden?

Ich will, was die Terminologie betrifft, nur noch ein Beispiel anführen. Manche Civilisten gebrauchen, wenn sie von Geisteskranken reden wollen, den Rasenden, andere wohl den Wahnsinnigen gleichsam als Repräsentanten aller Geisteskranken, wie ähnlich es mitunter auch die Römischen Juristen machten. Zu billigen ist dies gewiß nicht; denn außer den Rasenden und außer den Wahnsinnigen gibt es ja noch manche andere Geisteskranke. Jedenfalls aber sollte es ein Gesetzbuch nicht so machen. Der Entwurf folgt aber auch hier, wie sonst vielfach in der Terminologie, dem Oesterreichischen Gesetzbuche; ihm sind Wahn- und Blödsinnige die Repräsentanten aller Geisteskranken. Er spricht in der Regel nicht von Geisteskranken, sondern nur von Wahn- und Blödsinnigen, s. §§. 121, 675, 781, 1668, 1674, 1675, 1684, 1687, 1688, 1772. Allein läßt sich denn eine solche Terminologie billigen? ist es nicht allein richtig, hier den wahrhaft bezeichnenden und umfassenden Ausdruck, den Ausdruck Geisteskranke anzuwenden (den auch der Entwurf einmal im §. 1676 bei Frauen gebraucht), und wie eigen nimmt es sich aus, wenn nun der Entwurf bei seinen Geisteskranken d. h. den Wahn- und Blödsinnigen von lichten Zwischenräumen spricht, in welchen sie nach Umständen sich verpflichten können, also seinen Worten nach auch bei Blödsinnigen die Möglichkeit lichter Zwischenräume annimmt![122]

---

122) S. z. B. §. 674, 675, 788, 1674, 1772. Die §§. 787 und 788 handeln von der Frage, ob Wahn- oder Blödsinnige oder Kinder wegen Beschädigungen,

Daß der Entwurf seiner eigenen Terminologie nicht immer treu bleibt, habe ich schon oben an mehreren Beispielen gezeigt, (s. z. B. S. 35, 117, 118, 183, 184, 208). In Beziehung auf die Klagen aber hat er nicht nur keine feste, sondern eigentlich gar keine Terminologie. Ich will hier nicht näher auf die große Wichtigkeit einer festen Terminologie der Klagen für Schärfe und Sicherheit in Auffassung, Bestimmung und Anwendung des Rechts eingehen; es wird genügen, auf Das zu verweisen, was Andere hierüber bemerkten, namentlich in der neueren Zeit auch Savigny (System V. S. 149, I. S. 92). In dem Entwurfe vermißt man in dieser Beziehung beinahe Alles und die Wissenschaft und Praxis würden hier eine große Lücke auszufüllen haben. Dieser Lücke wird man auch manche andere Mängel des Entwurfes zuschreiben müssen. So wären z. B. schwerlich die Bestimmungen über Besitzklagen ganz so gegeben worden, wie sie im §. 137 f. gegeben sind, wenn der Entwurf von einer scharfen Sonderung und Bezeichnung der einzelnen Klagen ausgegangen wäre; er hätte schwerlich die Publiciana actio und die rei vindicatio, ferner die eigentliche negatoria actio und die negatoria Publiciana actio in der Weise vermischt, wie er es that. Aber freilich gehen hier

---

die sie Jemandem, ohne daß er durch Verschulden dazu Veranlassung gab, zufügen, ersatzpflichtig werden können. Der §. 787 bestimmt, daß dem Beschädigten „von denjenigen Personen, welchen der Schade wegen Vernachlässigung der „ihnen über solche Personen obliegende Fürsorge beizumessen ist", der Ersatz gebühre, und der §. 788 fügt dann bei: „Kann der Beschädigte von Letzte„ren Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, „ob dem Beschädiger, ungeachtet der gewöhnlichen Ohnmacht seines „Verstandes, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschul„den zur Last fällt, oder ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers „die Vertheidigung unterlassen hat, oder endlich mit Rücksicht auf das Vermögen „des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz oder doch einen „billigen Theil desselben erkennen." Theilweise wird diese aus dem Oesterr. Gesetzbuche genommene Bestimmung zu billigen seyn, obwohl Hepp a. a. O. S. 181 f. viele Bedenken gegen sie hat. Aber läßt sich wohl die Annahme rechtfertigen, daß einem Blödsinnigen oder einem Kinde (unter 7 Jahren) ungeachtet ihrer gewöhnlichen Verstandesohnmacht dennoch ein Verschulden zur Last fallen kann? Ferner würde nach der Fassung des §. 788 und seinem Verhältnisse zu §. 787 seine Bestimmung blos dann eintreten, wenn den im §. 787 genannten Personen eine Vernachlässigung in der Aufsicht ꝛc. zur Last fällt. Würde sich diese Beschränkung rechtfertigen lassen? Wenn sie aber nicht beabsichtigt ist, so müßte die Fassung geändert werden.

die Motive davon aus, daß bei Klagen und Einreden eine Terminologie etwas völlig Ueberflüssiges sey, und sie leiten die Terminologie, an der hier die Römischen Juristen festhalten, blos von historischen Zufälligkeiten ab (s. oben S. 69 Not. 38). Nach der dort angeführten Motivirung wäre freilich am Ende alle und jede wissenschaftliche Terminologie etwas Ueberflüssiges, und so gut man die einzelnen Klagen, wie die Motive meinen, gleichsam nach der Nummer des § des Gesetzbuches zu bezeichnen hätte, so gut könnte man es auch am Ende mit den einzelnen Rechtsgeschäften 2c. machen. Allerdings muß die Begründung aller Klagen und Einwendungen „durch eine Berufung auf die ent„sprechenden Gesetzesbestimmungen bewirkt" werden, ohne daß in dieser Hinsicht „kunstmäßige Namen Etwas zur Sache thun „können." Aber dies ist nicht eine besondere Folge eines neuen umfassenden Gesetzbuches. Es war dies auch im bisherigen Rechte der Fall; jede Klage, jede Einrede mußte begründet werden können durch eine Berufung auf den entsprechenden Rechtssatz und dieser durch die entsprechende Rechtsquelle, sey diese nun ein geschriebenes Gesetz oder ein Gewohnheitsrecht. Aber wird denn dadurch die große Wichtigkeit und Bedeutung einer scharfen, juristischen Terminologie beseitigt?

Daß der Entwurf oder wenigstens die Motive wirklich auch in anderen Beziehungen, nicht blos bei den Klagen, auf die Terminologie eigentlich besondere Wichtigkeit nicht legen, dürfte daraus hervorgehen, daß, während der Entwurf eine neue Terminologie einführt oder eine Deutsche Terminologie festhält, die Motive nicht selten sich lediglich der alten oder der romanisirenden Terminologie bedienen. So, um nur ein Beispiel anzuführen, bezeichnet der Entwurf, wie ich schon oben bemerkte, die passiven solidarischen Obligationen, die er mit den Correalobligationen identificirt, durchaus durch Mitschuld zur ungetheilten Hand, die Motive aber zu §. 599, 600 f., 607 f., 798 f. sprechen beinahe durchweg von Correalrecht, passiver Correalität und Correalschuld. Welches Beispiel geben hier die Motive? Ist denn, möchte man fragen, die Terminologie des Gesetzes nur da, damit sie beliebig von den Commentatoren, von der Wissenschaft und von der Praxis mit einer anderen vertauscht werde?

V.

Was der Entwurf nicht enthält.

Aus den vorstehenden Ausführungen möchte wohl zur Genüge sich ergeben, wie weit der Entwurf, abgesehen von der Frage seiner Vollständigkeit, den Anforderungen, die man an ein Civilgesetzbuch überhaupt und besonders in unsrer Zeit und bei dem jetzigen Stande der Deutschen Rechtswissenschaft zu machen hat, entspricht und was er in diesen Beziehungen nicht enthält.

Was aber die Frage der Vollständigkeit betrifft: so setzt sich der Entwurf selbst (s. oben S. 42) die Aufgabe, ein „möglichst vollständiges System" zu geben. Diese Erklärung darf man aber nicht auf den Gegenstand des Entwurfes überhaupt beziehen, wie er ihn im §. 1 zu definiren suchte (oben S. 244). Denn die Motive sagen dabei, daß sehr vieles in den Kreis des Privatrechts Gehörige absichtlich vom Entwurfe ausgeschlossen worden sey. Es wird also das „möglichst vollständige System" blos auf die Zweige des Privatrechts zu beziehen seyn, welche nach dem Plane des Entwurfes wirklich in demselben normirt werden sollten.

Allein ist er auch nur in dieser beschränkten Beziehung möglichst vollständig?

Ich bin weit entfernt, zur Vollständigkeit eines Gesetzbuches eine Casuistik zu verlangen oder eine Entwickelung der reinen Consequenzen der Prinzipien des Gesetzbuches. Aber sollte man in unsren Zeiten von einem Gesetzbuche, durch welches die Subsidiarität des reichen gemeinen Rechts vollständig entfernt werden soll, nicht mehr verlangen, als uns der Entwurf gibt? Ein solches Gesetzbuch sollte doch Das, was einer Normirung bedarf, soweit es zu seinem Gegenstande gehört, wirklich nach allen seinen Seiten entscheiden, die Zweifel, auf welche die Bearbeitung und Anwendung unsres Rechts führte, sorgfältig beachten, den Bedürfnissen des Rechtslebens in dieser Hinsicht möglichst entgegen zu kommen suchen, die reichen Gliederungen und Verzweigungen der juristischen Verhältnisse möglichst durchdringen und ihnen nach ihren verschiedenen Richtungen die angemessene legislative Entscheidung geben, und soweit man im Gesetzbuche den Ausbau des Rechts mit den Errungenschaften der Praxis und Wissenschaft geben kann, nicht erst der Wissenschaft und Praxis die Aufgabe

überlassen, das große Werk dieses Ausbaues in vielen Beziehungen gleichsam von vorn wieder anzufangen.

Sollte wohl der Entwurf diesen Anforderungen genügen? Ich hatte im Sinne, hier zu zeigen, daß er in wichtigen Zweigen denselben nicht entspricht, und den vielen Belegen, welche hiefür schon in den vorstehenden Abschnitten sich finden, noch weitere beizufügen. Allein diese Blätter sind mir unvermerkt zum Buche angewachsen und die Rücksichten auf die Grenzen der Zeitschrift, für welche die Arbeit zunächst bestimmt ist, und auch andere Anforderungen nöthigen mich, es zu unterlassen und überhaupt zum Ende zu eilen. Aber ich werde mich doch wohl nicht täuschen, wenn ich glaube, daß unsre ausgezeichneten Praktiker, falls sie einzelne Haupttheile des Entwurfes mit ihren Erfahrungen und mit den Anforderungen der Praxis genauer vergleichen sollten, eine ähnliche Antwort auf jene Frage geben werden.

Um jedoch im Uebrigen das Bild von dem Entwurfe für den Leser zu vervollständigen, will ich nur noch kurz Das berühren, was der Entwurf aus seinem Kreise ausdrücklich ausgeschlossen hat.

Der Entwurf verweist in sehr vielen Punkten auf andere Gesetze, auf bereits bestehendes Recht oder auf noch zu gebende Gesetze. Es versteht sich von selbst, daß ein solches Verweisen in manchen Hinsichten unvermeidlich ist, indem Normen, welche anderen Rechtstheilen angehören, doch häufig mittelbaren oder unmittelbaren Einfluß auf das Privatrecht haben und auf sie Bezug genommen werden muß, das Civilgesetzbuch aber nicht der Ort ist, sie in sich aufzunehmen; man wird daher manchen dieser Verweisungen ganz zuzustimmen haben. Aber der Entwurf verweist vielfach auch auf solche außerhalb des Entwurfes stehende Gesetze, deren Gegenstand durchaus oder seinen wesentlichen Richtungen nach dem Privatrechte angehört, so daß er weit entfernt ist, uns ein vollständiges Gesetzbuch über Privatrecht geben zu wollen.

Ich will hier eine Uebersicht über diese im Entwurfe enthaltenen Verweisungen auf andere Gesetze, soweit sie nicht das Prozeß- und Strafrecht betreffen, geben, damit Leser, welche sich für diese Frage interessiren, selbst beurtheilen mögen, in wieweit der Entwurf hier die richtigen Grenzen einhält. Indessen gebieten Raum und Zeit, mich in der Hauptsache auf eine blose An-

führung der §§., in welchen der Leser solche Verweisungen finden wird, zu beschränken und nur bei einzelnen §§ will ich den Gegenstand der Verweisung besonders herausheben. Auch ist es wohl möglich, daß ich dabei einige §§, in welchen solche Verweisungen vorkommen, übersehen haben könnte.

Der Entwurf verweist nämlich:

I. auf „besondere Gesetze" in folgenden §§[123]: §. 279 (s. oben S. 69), §. 509 (über Ablösung gewisser Dienstbarkeiten), §. 806, §. 964, §. 1204[124], §. 1425.

II. auf „die Gesetze" überhaupt. Der §. 46 sagt nämlich: „Die Verschiedenheit der Religion und des Standes hat auf „die Privatrechte keinen Einfluß, außer insofern dieses durch die „Gesetze besonders angeordnet ist."

III. auf „das Berggesetz" §. 68, 1302.

IV. auf „die politischen Gesetze" §. 2, §. 50, §. 59, §. 64, §. 75 (über die im §. 74 berührte „Vereinigung unbeweg„licher Sachen, Trennung derselben und Zusammenlegung von „Grundstücken bestimmen die politischen Gesetze"), §. 83, §. 117, §. 130 (der § sagt, der Besitzer könne in der Regel nicht genöthigt werden, seinen Titel anzugeben oder darzuthun und fügt bei: „inwiefern diese Regel Ausnahmen leidet, ist nach den beson„deren Bestimmungen dieses Gesetzbuchs und nach den politi„schen Gesetzen zu beurtheilen"), §. 271 (jede Sache, deren Natur einen ausschließlichen Gebrauch zuläßt, könne Gegenstand des Eigenthums seyn, und Jedermann könne Eigenthum erwerben, „soweit nicht politische Gesetze entgegenstehen"), §. 282 (über das Recht, literarische Erzeugnisse und Werke der Kunst auf mechanischem Wege zu vervielfältigen und über die Zeit, von welcher an solche Werke und Erzeugnisse zum Gemeingut werden rc.), §. 305 (von herrenlosen Sachen, „welche noch nicht in Jemandes „Eigenthum gewesen," wird hier gesagt, daß sie Gegenstände der Zueignung seyen, „soweit sie nicht zu den Regalien gehören oder „durch politische Gesetze ausgenommen sind"), §. 308, §. 311

123) Auf besondere beziehungsweise Prozeßgesetze wird verwiesen in §. 989, §. 1216.

124) Gewissermaaßen kann man auch hierher noch rechnen den §. 1419, welcher folgende sehr verschieden deutbare Bestimmung enthält: „Sofern im Betreff „einer vom Staate anerkannten Religionsgesellschaft noch besondere Ehe„verbote bestehen, sind diese zu beachten."

(„Inwieweit die Zueignung von Thieren, welche nicht als Zu-
„behörungen des Grundes und Bodens anzusehen sind,[125] Be-
„schränkungen unterliegt, bestimmen die politischen Gesetze"),
§. 312, 353 („Inwieweit Jemand zum Abbaue von Mineralien
„auf einem fremden Grundstücke befugt ist, bestimmen die politi-
„schen Gesetze"), §. 368 („Ein Grundstück kann mit dinglichen
„(Real-)Lasten... für die Zukunft nur insoweit belegt werden,
„als es in den politischen Gesetzen ausdrücklich gestattet wird.
„Letztere bestimmen auch über die Ablösung der zeither bestan-
„denen Reallasten und über die an ihre Stelle tretenden Ablösungs-
„renten"), §. 380, §.388, §. 407 („Die vorstehenden, die Nach-
„barverhältnisse der Grundstückbesitzer betreffenden Vorschriften
„leiden nur Anwendung, insoweit nicht durch politische Gesetze
„oder Ortsstatuten etwas Anderes bestimmt ist. Auch sind bei
„Anwendung derselben die etwaigen polizeilichen Verordnungen
„zu beachten"), §. 448 („Ueber den Fall, wenn Gebäude ab-
„brennen, worauf Forderungen in dem Grund- und Hypotheken-
„buche eingetragen sind, bestimmen die politischen Gesetze"),
§. 471, §. 491 („Nichthypothekarische Forderungen können, so-
„weit nicht politische Gesetze entgegenstehen, durch Privat-
„willen verpfändet werden, indem die darüber ausgestellte Schuld-
„urkunde übergeben oder über die Verpfändung selbst eine Ur-
„kunde ausgestellt wird"), §. 612 („Inwieweit Scheidemünze
„angenommen werden muß, ferner ob und inwieweit inländi-
„sches Papiergeld dem baaren Gelde gleich gilt, bestimmen die
„politischen Gesetze"), §. 639 („Die Höhe der erlaubten Zinsen
„bestimmen die politischen Gesetze"), §. 679, §. 698 („Außer
„den verschiedenen, anderwärts in diesem Gesetzbuche untersag-
„ten, sowie den durch die politischen Gesetze und Verordnungen
„verbotenen Verträgen sind insbesondere diejenigen ungültig,
„welche eine Bevortheilung dritter Personen bezwecken")[126],

---

125) Bei diesem § entsteht noch die Frage, wann denn Thiere als Zubehö-
rungen des Grundes und Bodens anzusehen seyn sollen? Sind blos die im §. 85
angeführten Fische gemeint: so hätte lediglich auf diesen § verwiesen werden
sollen. Der §. 88 konnte hier nicht gemeint seyn. Die Motive sagen nichts
darüber.

126) Diese Bestimmung läßt verschiedene Deutungen zu, und die Zweifel,
welche hier entstehen können, werden auch durch die Motive nicht ganz gehoben.
Auch könnte man fragen, ob dieser § etwas Anderes bestimmen will, als Das,

§. 765, 767, 809, 840 (Ersatz wegen Nachdrucks), §. 899 („Die Unterwerfung unter die Wechselhaft kann nur wegen Geld„zahlungen . . . und, außer bei Wechseln und ihnen gleichge„stellten kaufmännischen Anweisungen, über welche die politi„schen Gesetze handeln, nur ausdrücklich geschehen"), §§. 984, 1126 (Grundstückszusammenlegung), §. 1154 (zu demselben Gegenstande gehörig), §§. 1156, 1231, 1243, 1286[127], 1342, 1371, 1372, 1374, 1378, 1420, 1451, 1460, 1510 (In welcher Religion bei gemischten Ehen die Kinder zu erziehen sind, „wenn die Eltern „hierüber durch einen gültigen Vertrag etwas nicht festgesetzt haben, „ist aus den politischen Gesetzen zu entnehmen"), §. 1511 („Die„selben bestimmen auch über die §. 1510 gedachten Verträge" rc.), §§. 1524, 1580, 1583, 1634 („Ueber die Vermiethung Bevor„mundeter in Gesindedienst bestimmen die politischen Gesetze"), §. 1700 („Wer Vermögen erwerben kann, ist auch fähig zu er„ben, dafern er nicht durch politische Gesetze hierin beschränkt, „oder durch gesetzwidrige Handlungen unwürdig geworden ist"), §. 1708 („Inwieweit öffentlichen Anstalten eine Verlassenschaft „ganz oder zum Theile zufallen soll, bestimmen die politischen „Gesetze"), §. 1864 („Ueber die Familienfideicommisse bestim„men die politischen Gesetze"), 1872.

Abgesehen von diesen Fällen, in denen der Entwurf ausdrücklich auf anderweite Gesetze verweist, welche neben ihm gelten sollen, scheint er auch noch in anderen Punkten, die er nicht ausdrücklich namhaft macht, die fortwährende Gültigkeit früherer Gesetze vorauszusetzen, obwohl diese Gesetze dem Privatrechte angehören. So sagen z. B. die Motive zu §. 1267, welcher den Begriff des Lohnvertrags bestimmt (oben S. 155), es sey darauf aufmerksam zu machen, daß die hier ertheilten Vorschriften sich nicht beziehen sollen „auf den unter dem gemischten

---

was der §. 697 unmittelbar vorher sagte („Unerlaubt ist, was der Sittlichkeit oder den Gesetzen zuwiderläuft"), oder ob der §. 698 blos eine theilweise Exemplification der Bestimmung des §. 697 seyn soll.

127) Gegen die Regel dieses § und die ihn betreffenden Motive würde sich Manches erinnern lassen, namentlich scheinen dabei Forschungen der neueren Zeit nicht gehörig beachtet zu seyn. Der § sagt: „Was Jemand für Unter„lassung einer unerlaubten Handlung zugesichert bekam, kann er zwar „nicht fordern, braucht es aber, wenn es ihm geleistet worden ist, nicht zurück zu „geben, außer wenn ihm die Annahme durch die politischen Gesetze oder Verord„nungen untersagt war".

„Gesichtspunkte privatrechtlicher und politischer Rücksichten „stehenden, ohnehin erst durch das Gesetz vom 10. Januar 1835 „neugeordneten Gesindevertrag."

Daß unter den ausgeschiedenen Bestimmungen solche sind, welche allerdings nicht in ein Civilgesetzbuch gehören, leidet keinen Zweifel. Aber ebenso unzweifelhaft wird es seyn, daß nicht wenige ausgeschieden sind, welche ihrem wesentlichen Charakter nach dem Privatrechte angehören und daß wir hiernach durch den Entwurf nicht Das erreichen würden, was man von einem Civilgesetzbuche zu erwarten pflegt und wohl auch mit Recht erwartet, nämlich ein möglichst vollständiges System des gesammten im Staate geltenden Privatrechts, eine Vollständigkeit, welche gerade eines der Hauptmomente ist, auf welche sich der dringende Wunsch einer Codification stützt. Wir würden vielmehr einen großen Theil unsrer Privatrechtsnormen auch künftig in zerstreuten, außerhalb des Gesetzbuches liegenden Quellen zu suchen haben.

Ueber die Gründe dieser Beschränkung äußern sich die Allg. Motive S. III f. näher (vergl. auch Held a. a. O. S. 13—16). Was sie in dieser Hinsicht anführen, läßt sich wohl auf vier Gründe zurückführen: die reglementäre Natur einer Norm, ihre Wandelbarkeit, die bevorstehende Beseitigung des betreffenden Rechtsinstituts, endlich und hauptsächlich der Zusammenhang mit dem öffentlichen Rechte.

Was den ersteren Grund, die reglementäre Natur betrifft, so ist es gewiß sehr richtig und durchaus anzuerkennen, wenn der Entwurf möglichst alles Das von seinem Kreise ausschließt, was (im Gegensatze zum Gesetz) der Verordnung, der Vollziehung des Gesetzes angehört. Mit Recht sagen die Motive, daß aus diesem Grunde „der Entwurf keine Hypotheken-, keine Ehe-, keine „Vormundschafts-Ordnung, sondern nur das Hypotheken-, Ehe-, „Vormundschafts-Recht enthalten soll." Allein schon hier möchte man fragen: hat wohl in dieser Beziehung der Entwurf die Grenzen gehörig eingehalten? hätte z. B. nicht noch Manches aus dem Hypothekengesetze von 1843 in das vorliegende Gesetzbuch aufgenommen werden sollen, was keineswegs blos einer Hypothekenordnung, sondern einem Hypothekengesetze angehört? Gehören ferner die Normen über die Erfordernisse der Erwerbung des Eigenthums durch Eintrag in das Grundbuch, welche im

Entwurfe vermißt werden und wegen welcher er auf „besondere Gesetze" verweist (oben S. 67), blos einer Eintragungsordnung, oder gehören nicht auch sie dem Kreise der Gesetze an, wie ja der Entwurf hier selbst auf „Gesetze" verweist? Daß solche Normen dem öffentlichen Rechte angehören und sie aus diesem Grunde von einem Civilgesetzbuche ausgeschlossen werden müßten, wird doch wohl nicht behauptet werden wollen. Aus welchem Grunde rechtfertigt sich daher die Ausschließung solcher Normen aus dem Bereiche des Civilgesetzbuches?

Man hat vielleicht den Grund in dem zweiten der oben angeführten Momente, in dem Momente der Wandelbarkeit zu suchen; denn die Motive scheinen den Begriff des Reglementären nicht blos auf das der Verordnung Angehörige zu beschränken, sondern ihn auch noch auf Gegenstände der eigentlichen Gesetzgebung zu erstrecken. Die Allg. Motive sagen nämlich S. IV: „Ein bürgerliches Gesetzbuch soll für die Dauer gegeben werden. „Es muß sich daher, soweit nur irgend thunlich, auf Bestimmungen beschränken, die so fest begründet sind, „daß der Wechsel der Verkehrs- und Lebensverhältnisse, „der Sitte und der Lebensansichten sie nicht so leicht „berühren kann. Sonst würde man, zumal bei der großen „Beweglichkeit der Wünsche und Ansichten der Jetztzeit, nur zu „schnell und fortwährend von Neuem immer wieder zu Abänderungen gedrängt werden, welche den Gebrauch des Gesetzbuchs „sehr erschweren müßten. Zwar wird auch ein Gesetzbuch, welches sich auf die eigentlichen Privatrechtsverhältnisse beschränkt, „einem solchen Einflusse nicht ganz entgehen können und im „Laufe der Zeiten theils Abänderungen, theils Zusätze erfordern. „Allein immer werden solche Aenderungen nicht sehr häufig, „sondern in größeren Zwischenräumen nothwendig werden. Anders dagegen verhält es sich mit den blos reglementären „Bestimmungen, welche weniger auf dem Principe der inneren „Rechtmäßigkeit, als auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit und den „gerade vorhandenen Einrichtungen beruhen. Die Gründe „der Zweckmäßigkeit ändern sich schneller, so daß, was „heute passend ist, morgen nicht mehr dafür gehalten „wird. Daher würde das bürgerliche Gesetzbuch, wenn es dergleichen Bestimmungen enthielte, sehr oft abgeändert werden „müssen."

Sollten diese Gründe, wie es scheint, sich nicht blos auf die Ausschließung des wahrhaft Reglementären, des lediglich der Verordnung Angehörigen beziehen, sondern auch eine Motivirung dafür seyn, daß Manches, was wirklich in den Kreis der Privatrechtsgesetzgebung fällt, vom Civilgesetzbuche auszuschließen und in andere Gesetze zu verweisen sey: so werden doch wohl Wenige einem solchen judicium finium regundorum beistimmen. — Was eine zu große Beweglichkeit der Ansichten und Wünsche der Zeit, was einseitige Forderungen gewisser Verkehrs- und Lebensverhältnisse auf Kosten gerechter Anforderungen anderer Verhältnisse etwa mit Unrecht verlangen, dies soll die Gesetzgebung gar nicht beachten; sie soll es weder in einem Gesetzbuche noch in „besonderen" oder in „politischen" Gesetzen beachten. Es möchte aber die Frage seyn, ob nicht gerade in der Beachtung solcher Forderungen der Entwurf in einzelnen Beziehungen schon etwas zu weit gegangen ist. Dagegen wird keine Gesetzgebung den berechtigten Anforderungen geänderter Verkehrs- und Lebensverhältnisse und durchgängig geänderter Sitten und Lebensansichten sich entziehen können. Aber läßt es sich rechtfertigen, alles Das, was möglicher Weise durch solche Anforderungen im Laufe der Zeiten berührt werden kann, von einem Civilgesetzbuche auszuschließen? Wollte man alles Dasjenige ausschließen, was mit der Zeit durch solche Anforderungen einer legislativen Aenderung ausgesetzt seyn könnte, wollte man ferner aus dem Gebiete eines Civilgesetzbuchs Das ausschließen, was „weniger auf dem Principe der inneren Rechtmäßigkeit als „auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit beruht", dann müßte der Kreis eines Civilgesetzbuchs ja noch viel weiter beschränkt werden, als der Entwurf selbst ihn beschränkt. Ein großer Theil unsres Privatrechts beruht, was zunächst das Letztere betrifft, vermöge der Natur seines Gegenstandes nicht auf dem Principe innerer Rechtmäßigkeit, sondern auf Rücksichten der Zweckmäßigkeit und der Wahrung von Interessen. Ich könnte hier an viele Bestimmungen des Entwurfes, welche in diese Kategorie gehören, erinnern, beschränke mich aber blos darauf, das Beispiel der ausführlichen Bestimmungen über Formen der Testamente und der Erbverträge, über Testamentseröffnung und vieler Bestimmungen im Vormundschaftsrechte anzuführen. Was aber das Erstere, die Berücksichtigung der gerechten Anforderungen des Verkehrs

und anderer Lebensverhältnisse und der Sitte u. s. w. betrifft: so wird, falls man Bestimmungen in das Gesetzbuch aufnimmt, welche mit der Zeit durch solche berechtigte Rücksichten einer Veränderung unterworfen seyn könnten, das Gesetzbuch der Gefahr einer zu großen Wandelbarkeit nicht ausgesetzt seyn, wenn man nur bei Aenderungen am bestehenden Rechte sich an die Grundsätze hält, welche oben S. 44 f. ausgeführt wurden, Grundsätze aber, an welche allerdings der Entwurf sich nicht hielt.

In Beziehung auf den dritten Grund der Beschränkung des Kreises des Entwurfes sagen die allgemeinen Motive, man habe „auch alle diejenigen Rechtsinstitute mit Stillschweigen übergan„gen, welche in Folge der politischen Gesetzgebung schon be„seitigt sind, oder deren Beseitigung durch dieselbe wenigstens in „Aussicht steht. Der Entwurf enthält daher nichts über Frohnen „und über Dienstbarkeiten, welche durch Ablösung beseitigt wer„den, nichts über Erbpacht und Erbzinsrecht. Es ist besser, „solche Rechtsinstitute, solange sie bestehen, in Betreff ihrer Ei„genthümlichkeiten nach dem in dieser Hinsicht fortgeltenden „jetzigen Rechte beurtheilen zu lassen, und es wird demnach die „neue Gesetzgebung nur soweit Einfluß auf sie äußern, als auch „schon bisher bei ihrer Beurtheilung das allgemeine bürgerliche „Recht zur Entscheidungsquelle diente. Gleiches gilt von den „Lehnsverhältnissen."

Diesen Gründen ist gewiß theilweise beizustimmen. Das, was dem Absterben bestimmt ist und demnächst ganz absterben wird, eignet sich nicht zur Aufnahme in das Gesetzbuch. Allein jene s. g. politischen Gesetze enthalten doch noch einzelne bleibende Kerne, sollten sie zum Theile auch nur negativer Natur seyn und eine nähere Bestimmung Dessen geben, was künftig auf dem genannten Gebiete nicht mehr oder was noch zuläßig seyn soll. Dieses hätte jedenfalls in das Gesetzbuch aufgenommen werden sollen, wenn es möglichst orientiren und nicht blose Bruchstücke geben wollte. So sagt z. B. der §. 368: ein Grundstück könne mit Reallasten für die Zukunft nur insoweit belegt werden, als es in den politischen Gesetzen ausdrücklich gestattet werde. Aus welchen Gründen, möchte man fragen, verweist der Entwurf die Beantwortung dieser wichtigen Frage aus seinem Bereiche in den der politischen Gesetzgebung? Will Jemand eine Reallast erwerben oder bestellen, so ist es für ihn die erste Frage, ob und wie weit

dies überhaupt zulässig sey. Ueber diese Frage aber verweist ihn der Entwurf auf die politische Gesetzgebung. Warum dieses? Etwa weil die Gesetzgebung über die Reallasten eine wandelbare ist? Darauf scheinen die Motive zu §. 368 hinzudeuten. Allein wenn dies der Grund war, wie sollte es sich denn erklären und mit der Consequenz vereinigen lassen, daß der Entwurf doch ausführliche Bestimmungen über Reallasten in den §§. 369 f. und noch in anderen §§ gibt? Oder soll jene Frage nicht eine Frage des Privatrechts, sondern eine des öffentlichen Rechts seyn und wurde deshalb auf die politische Gesetzgebung verwiesen? Dies führt auf den vierten Grund, durch welchen der Entwurf seine Grenzbestimmungen und seine Lücken motivirt.

Die Allg. Motive sagen: „Vielleicht wird man in dem „vorliegenden Entwurfe Bestimmungen über die fließenden „Wässer, das Jagdrecht und das Bergrecht vermissen. „Hierüber sind besondere Gesetze theils erlassen, theils werden sie „noch erlassen werden, weil dabei nicht blos das Privatrecht, „sondern auch das öffentliche Recht einschlägt, ja letzteres sogar „in vielen Beziehungen als das vorherrschende bezeichnet werden „muß und hierbei zugleich manche speciellere Vorschriften zu treffen „sind, welche mit der allgemeineren Haltung dieses Entwurfs „nicht im Einklang stehen würden." — Durch dieses Motiv werden auch noch manche andere Verweisungen auf die politischen Gesetze zu erklären seyn, z. B. über mögliche Gegenstände des Eigenthums (§. 271), über Gegenstände der Occupation (§. 305), über den Fall, wenn verpfändete Gebäude abbrennen (§. 448), über Beschränkungen der Verpfändbarkeit nichthypothekarischer Forderungen (§. 491), über Vermiethung Bevormundeter (§. 1634) und über Dienstbotenvertrag überhaupt, ferner über Familienfideicommisse, über Nachbarverhältnisse der Grundstücksbesitzer (§. 407 [128]) rc.

Wenn auch das Bestehen einzelner umfassender, ihrem Inhalte nach zum großen Theile privatrechtliche Verhältnisse betreffender Gesetze neben dem Civilgesetzbuche sich wohl rechtfertigen läßt, wie z. B. eines Berggesetzes und eines Gesetzes über die Benützung flie-

128) Bei diesem § (s. oben S. 258) ist zu beachten, daß neben den politischen Gesetzen noch die Ortsstatuten und die polizeilichen Verordnungen genannt sind.

ßender Gewässer, auch soweit sie nicht öffentliche Flüsse sind: so wird sich doch die oben angeführte vielfache Verweisung auf die politischen Gesetze bei privatrechtlichen Fragen schwerlich rechtfertigen lassen. Durch den Umstand, daß ein publicistisches Moment bei einem Privatrechtsverhältnisse eingreifen kann, wird dasselbe noch keineswegs der Sphäre des Privatrechts entzogen. Der Staat, das allgemeine Interesse und das allgemeine Wohl durchdringen so zu sagen alle Rechtsverhältnisse nicht blos in negativer Wirkung, in den rechtlichen Schranken, sondern auch in anderen Hinsichten. Allein dadurch verändern die Rechtsverhältnisse nicht ihre wahre Beziehung, ihre Stellung und ihre allgemeine Natur. Die Ehe wird z. B. dadurch, daß in großer Zahl solche Bestimmungen bei ihr eingreifen, nicht zu einem Institute des öffentlichen Rechts, so wenig als ein verzinsliches Darlehen wegen der Zinsbeschränkungen ein publicistisches Institut wird, oder das Grundeigenthum wegen der Nothwendigkeit der Eintragung in das Grund- und Hypothekenbuch seine privatrechtliche Natur verliert. Ebensowenig aber werden auch z. B. die Familienfideicommisse, die Reallasten ꝛc. dadurch Institute des öffentlichen Rechts, weil bei ihnen solche publicistische Bestimmungen und Beschränkungen, staatsrechtliche und national-öconomische Rücksichten eingreifen können. Allerdings kann die Politik sogar soweit gehen wollen, solche Institute ganz aufzuheben und für die Folgezeit zu verbieten, wie dies z. B. in unsren Zeiten mit den Familienfideicommissen wenigstens versucht wurde. Wenn aber auch eine Gesetzgebung so weit gehen sollte (was namentlich bei den Familienfideicommissen sich nicht rechtfertigen lassen würde): so würde doch jedenfalls auch eine Bestimmung dieser Art in ein Civilgesetzbuch gehören, indem dasselbe auch die Schranken enthalten muß, die auf dem Gebiete des Privatrechts der privatrechtlichen Freiheit gesetzt sind. Wenn aber solche Institute, z. B. Familienfideicommisse, nicht verboten werden sollen: so leidet es um so weniger Zweifel, daß die näheren Bestimmungen über ihre Begründung und über die Rechtsgrundsätze, die bei ihnen gelten sollen, in das Civilgesetzbuch gehören, da sie an und für sich ein rein privatrechtliches, wenn gleich aus politischen Gründen modificirbares, Institut sind. Ebenso ist es bei manchen anderen Verhältnissen, welche der Entwurf von seinen Grenzen ausschließt und in den Bereich der politischen Gesetzgebung verweist.

Außerdem wird auch die dem Oesterreichischen Gesetzbuche entlehnte Bezeichnung dieser Gesetze eine glückliche nicht genannt werden können. Es macht einen unheimlichen Eindruck, an den man namentlich bei der Gesetzgebung und Rechtspflege Sachsens nicht gewöhnt ist, wenn in einer Reihe der umfassendsten und wichtigsten Verhältnisse auf die **politischen** Gesetze verwiesen wird. Man denkt dabei leicht an Das, was man in früherer Zeit die höhere Staatsraison zu nennen pflegte, welche nicht immer zum Frommen des Rechts geltend gemacht wurde; man denkt an den Gegensatz zum festen schützenden Recht, an die blose Politik. Allerdings sind es vielfach wirklich politische Gründe, Gründe der durch das allgemeine Interesse gebotenen Zweckmäßigkeit, welche in jenen Beziehungen eingreifen; allein es sind nicht blos solche politische Gründe, und es möchte doch wohl ungeeignet seyn, in dieser Weise das öffentliche Recht und seine Einwirkung auf das Privatrecht lediglich mit der Politik zu identificiren.

VI.

Entscheidungsquelle bei Lücken des Entwurfes.

Ich werde mich bei dieser Frage kurz fassen können. Sie ist aber von ganz besonderer Wichtigkeit gerade bei unsrem Entwurfe, da bei ihm Wissenschaft und Praxis besonders viele Lücken zu ergänzen haben werden.

Aus welchen Quellen hat der Richter seine Entscheidung zu nehmen, wenn ihm bei einem Rechtsfalle Fragen vorkommen, über welche sich in den Quellen des positiven Rechts seines Staates eine ausdrückliche Entscheidung nicht findet?

Beachtet man, daß das im Staate geltende und von den Richtern zur Anwendung zu bringende Recht eine objective Norm ist, welcher Alles im Staate sich zu unterwerfen hat, daß aber Niemand im Staate den subjectiven Ansichten von Recht und Gerechtigkeit Einzelner unterworfen seyn kann, daß eine Norm, der sich Alles unterwerfen soll, ihre objective Gültigkeit nur erhalten kann dadurch, daß sie den allgemeinen Willen bildet, welchem der Einzelne seinen besonderen Willen zu unterwerfen hat, und daß dieser allgemeine Wille sich nur in Gewohn-

heiten oder in den vom verfassungsmäßigen Gesetzgeber ausgesprochenen Anordnungen ausdrücken kann, beachtet man dieses gehörig — und es ist dies wohl in unsrer Zeit von der Deutschen Wissenschaft allgemein anerkannt — so beantwortet sich eigentlich von selbst die Frage, aus welchen Quellen der Richter die Lücken des positiven Rechts zu ergänzen hat. Wenn die Quellen des im Staate geltenden Rechts über vorkommende Fragen eine ausdrückliche Entscheidung nicht geben: so darf doch die Entscheidung nicht aus Momenten genommen werden, die ganz außerhalb des positiven Rechts liegen; vielmehr bleibt auch für solche Fragen lediglich das positive Recht die maaßgebende Norm. Der Richter muß für sie die Entscheidung im Geiste des positiven Rechts suchen und sie in organischer Entwicklung desselben finden. Wenn er daher findet, daß ähnliche Fälle in einem Gesetze entschieden sind und daß die Gründe der gesetzlichen Entscheidung auch auf den übergangenen Fall vollkommen Anwendung leiden: so muß er ihn nach der Analogie jenes Gesetzes (Gesetzesanalogie), also so entscheiden, wie das Gesetz ähnliche Fälle entschieden hat; denn dann ergänzt er die Lücke wahrhaft im Geiste des bestehenden positiven Rechts. Wenn aber ein ähnlicher Fall im Gesetze nicht entschieden ist, oder die analoge Anwendung des Gesetzes auf den übergangenen Fall deßhalb unzuläßig ist, weil die Gründe der gesetzlichen Entscheidung nicht vollkommen auf ihn passen, oder seiner analogen Anwendung andere Momente entgegenstehen (z. B. die anomale Natur der gesetzlichen Entscheidung): so hat der Richter die Entscheidungsnorm so zu sagen in der Analogie des gesammten positiven Rechts zu suchen, d. h. aus der positiv rechtlich gebildeten Natur der Sache und dem Geiste des positiven Rechts überhaupt und den ihm zu Grunde liegenden Principien sich die Entscheidungsnorm zu bilden. Das aber, was er nach seiner subjectiven philosophischen Auffassung für das dem Rechtsbegriffe Entsprechende hält, darf er als solches nicht zur Anwendung bringen. Stimmt es mit den Resultaten der Analogie des positiven Rechts überein, dann ist es subsidiäre Entscheidungsnorm, aber nicht weil er es für philosophisch richtig hält, sondern weil es mit dem Inhalte des positiven Rechts übereinstimmt, ein Ausfluß desselben ist. Stimmt es aber nicht mit dem Resultate jener Analogie überein: so darf er nicht seiner philosophischen Ansicht im Gegen-

satze zu den Principien und zum Geiste der positiven Gesetzgebung den Vorzug geben, weil er lediglich Organ des positiven Rechts ist und der Bürger den subjectiven naturrechtlichen Ansichten der einzelnen Richter nicht unterworfen seyn kann. Diese Grundsätze spricht namentlich schon ein Deutsches Gesetzbuch des XVI Jahrhunderts aus, das viel verkannt wurde, aber für seine Zeit in vielen Hinsichten ausgezeichnet genannt werden kann, die Peinliche Gerichtsordnung Carls V. Sie weist bei Lücken und Unverständlichkeiten des Gesetzbuchs den Richter nicht an seine Naturrechtsansichten, sondern schreibt ihm vor, „Raths zu pflegen, wie in solchen Fällen unsern Kaiserlichen Rechten und dieser unsrer Ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheilt werden soll" und danach zu erkennen.

Anders entscheidet der Entwurf. Er bestimmt im §. 15 Folgendes: „Ein Rechtsfall, für den sich keine besondere oder allge- „gemeine Vorschrift in den Gesetzen findet, ist nach den auf den- „selben höheren Gründen beruhenden Bestimmungen über ähn- „liche Fälle zu beurtheilen. Reichen auch diese nicht aus, so „muß unter Erwägung der Umstände nach natürlichen „Rechtsgrundsätzen entschieden werden."

Durch die erste Periode dieses § wird ihren Worten nach auf die von mir vorhin bezeichnete Analogie eines bestimmten Gesetzes verwiesen, obwohl die Fassung keine gute ist; denn man weiß nicht recht, auf was man die Worte „auf denselben höheren Gründen" beziehen soll. Von den Motiven wird aber noch mehr in jene Worte gelegt; denn sie bemerken, der §. 15 verweise den Richter „auf die Gesetzes- und Rechts-Analogie." Dies liegt in jenen Worten nicht und jedenfalls müßte der § anders gefaßt werden, wenn er diesen Sinn ausdrücken soll.

Wenn aber diese Analogie nicht ausreicht, dann soll nach der Bestimmung des §. 15 der Richter nach natürlichen Rechtsgrundsätzen, also nach seiner Rechtsphilosophie, nach dem s. g. Naturrechte entscheiden.

Man könnte zunächst die Frage aufwerfen, ob man nicht das Römische Recht bei seiner inneren Vortrefflichkeit, die auch von den Motiven anerkannt wird, als subsidiäre Entscheidungsquelle noch beibehalten sollte, und es um so mehr beibehalten sollte, als bei den vielen Lücken des Entwurfes und bei seinem Schwanken in den Principien und bei der Weise, wie er seine Begriffe bildet

und durchführt, die Hülfe der Analogie eine mißliche erscheinen könnte. Allein so sehr ich das Römische Recht verehre, so würde ich doch diese Frage verneinen. Haben wir einmal einen einheimischen Codex: so soll die Wissenschaft und Praxis ihn ganz in seinem Geiste fortbilden und auf seinem Geiste fortbauen. Nur auf diesem Wege werden wir ein consequent durchgebildetes einheimisches Recht erlangen.

Aber freilich dem Wege, den der Entwurf einschlägt, würde eine Subsidiarität des Römischen Rechts weit vorzuziehen seyn.

Nach dem Entwurfe soll also, wenn die Analogie nicht ausreicht, die Rechtsphilosophie die Quelle seyn, aus welcher der Richter zu schöpfen hat.[129] Die Motive scheinen es nicht für nöthig zu halten, diese Bestimmung besonders zu rechtfertigen. Sie geben zwar zu, daß man im Entwurfe auf manche unentschiedene Fragen stoßen werde, indem sie sagen, daß „bei der principiellen Haltung des neuen Gesetzbuchs manche Zweifel entstehen dürften;" sie antworten aber darauf: „die Reichhaltigkeit der Gesetzes- „und Rechtsanalogie, sowie der natürlichen Rechtsgrundsätze „machen es unnöthig, daß noch nebenbei eine ratio scripta [das Römische Recht] sanctionirt werde." Sie setzen hiernach die Frage über die Subsidiarität des Naturrechts als etwas Zweifelloses voraus, und nennen zu §. 9 das Naturrecht „das allge- „meine subsidiarische Recht." Diese Ansicht über die Bedeutung des Naturrechts war allerdings zu der Zeit, in welcher das Oesterreichische Gesetzbuch verfaßt wurde, die herrschende. Von unsrer Zeit aber wird man wohl sagen können, daß sie jetzt von der Deutschen Wissenschaft mit Recht ganz aufgegeben ist.

Was sind die „natürlichen Rechtsgrundsätze"? Sie sind nicht etwas objectiv Erkennbares; denn es fehlt uns ein untrügliches, allgemein anerkanntes Kriterium darüber, welche Sätze wahrhaft vernunftrechtlich sind. Die Erkenntniß des Vernünftigen bleibt stets etwas Subjectives, und das was der einzelne Richter als Naturrecht auffaßt, ist doch nichts Anderes als seine subjective Ansicht, das Resultat seines Denkens über vernunft-

129) Eine gewohnheitsrechtliche Weiterbildung des Rechts verwirft der Entwurf durchaus. Er bestimmt im §. 21: „Auf Gewohnheiten kann nur „in den Fällen, für welche sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen „werden". Die Motive bemerken dabei, daß eine solche Berufung auf Gewohnheitsrecht „in diesem Gesetzbuchsentwurfe nicht vorkommt".

gemäßes Recht. Da nun aber die Vernunft nicht in allen Menschen frei, also auch nicht gleichmäßig sich äußert: so kann leicht der eine Richter Das für vernünftig halten, was dem anderen nicht vernünftig erscheint, wie wir ja sehen, daß unsre Philosophen über die wichtigsten Fragen der Rechtsphilosophie in sehr verschiedene Ansichten sich spalten. Bei dieser natürlichen Verschiedenheit der rechtsphilosophischen Ueberzeugungen und bei der verschiedenen Weise, wie der Einzelne bei seinem Denken, an das er vom Entwurfe gewiesen ist, verfahren wird, würden wir die verschiedensten Entscheidungen derselben Rechtsfrage zu gewärtigen haben; selbst Ausflüsse der Willkühr könnten sich für Naturrechtsansichten ausgeben, da sie einer Beurtheilung nach einer objectiven Norm entzogen seyn würden, und zum Mindesten würde es nicht selten seyn, daß ein Richter Das, was die Motive „blose Billigkeit" nennen und worauf als Entscheidungsquelle zu verweisen sie mit Recht für ganz unthunlich erklären, mit dem Naturrechte für identisch halten und so nach Billigkeitsrücksichten entscheiden würde, während er nach dem natürlichen Rechtsbegriffe zu entscheiden glaubte.

Aber der Entwurf bleibt nicht einmal bei einer blosen Subsidiarität des Naturrechts stehen; bei einer Classe von Fällen geht er sogar noch weiter. Er bestimmt in §. 9 Folgendes: „Bei „Handlungen, welche Nichtstaatsangehörige außerhalb des Kö„nigreichs Sachsen unternommen haben, ist auf die Gesetze des „Orts der Handlung auch dann zu sehen, wenn dabei Verbind„lichkeiten gegen Sächsische Staatsangehörige zur Sprache kom„men. Wenn aber das ausländische Recht weder offenkundig „(notorisch) ist, noch nachgewiesen wird, so ist nach inländischem „Rechte und, in wie weit dieses auf eigenthümlichen Einrichtun„gen beruht, nach natürlichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. „Vergl. jedoch §. 1560."

Hier soll also sogar das positive Recht und seine Analogie dem Naturrechte weichen, das Naturrecht dem Inhalt des positiven Rechts vorgehen. Und dabei wird dieser Kreis, in welchem das Naturrecht als unbedingt maaßgebend herrschen soll, auf eine Weise bestimmt, die zu vielem Streite und Zweifel Anlaß geben kann. Es soll in jenen Fällen die Rechtsphilosophie die das positive Recht beseitigende Entscheidungsquelle seyn, „wenn „das inländische Recht auf eigenthümlichen Einrichtungen beruht"

oder, wie die Motive sagen, „auf eigenthümliche Verhältnisse und Einrichtungen Beziehung hat." Woraus soll die Eigenthümlichkeit dieser Einrichtungen erkannt werden? Doch wohl namentlich auch aus einer Vergleichung mit dem fremden Rechte und dessen Einrichtungen. Allein der Entwurf setzt ja, von Anderem abgesehen, zur Anwendbarkeit seiner Bestimmung gerade voraus, daß man den Gegensatz, an welchem die Eigenthümlichkeit unsrer Einrichtungen zu erkennen wäre, den Inhalt des ausländischen Rechts, nicht kennt, daß er „weder offenkundig ist noch nachgewiesen wird." —

Auch das Oesterreichische Gesetzbuch erhob das Naturrecht zur subsidiären Entscheidungsquelle. Meines Wissens ist ihm hierin keine spätere Legislation und kein legislativer Entwurf gefolgt. Manche Bearbeiter des Oesterreichischen Rechts[130] suchen jenen Gedanken des Oesterreichischen Gesetzbuchs durch Interpretation zu corrigiren; sie weisen die Unzuträglichkeit und Gefährlichkeit nach, welche mit einer Subsidiarität des Natur- oder Vernunftrechts verbunden seyn würde, und substituiren ihm die Analogie des positiven Rechts. Dies kann aber jedenfalls nicht die Ansicht unsres Entwurfes seyn, da die Motive die Rechtsanalogie von den „natürlichen Rechtsgrundsätzen", also vom subsidiären Naturrechte ausdrücklich unterscheiden; auch ist es schwerlich die Ansicht des Oesterreichischen Gesetzbuchs.

Savigny sagt über die Bestimmung des Oesterreichischen Gesetzbuchs, nach welcher das Naturrecht subsidiäre Entscheidungsquelle seyn soll, „daß diese Quelle selbst von den würdigen „Männern, welche zuletzt zur Entstehung des Gesetzbuchs mitge„wirkt haben, als sehr gefährlich für die Rechtspflege anerkannt „worden sey", und dabei führt er folgende Worte Zeiller's an:

„Da nun aber auf dem philosophischen Gebiete Jeder„mann nach seiner Ueberzeugung urtheilt: so ist leicht zu erach„ten, daß die Urtheile nach einer eingebildeten Billigkeit „(aequitas cerebrina) und im Grunde nach Willkür gefällt „werden."

---

130) Vgl. Winiwarter Das Oesterr. bürgerl. R. I §. 33.

Officin von Bernhard Tauchnitz.

